

LEONARDO BISSOLI

**CONTROLE DA CORRUPÇÃO E DISCRICIONARIEDADE:
OS MEIOS DE *ACCOUNTABILITY* DOS AGENTES PÚBLICOS E AS
LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

LEONARDO BISSOLI

**CONTROLE DA CORRUPÇÃO E DISCRICIONARIEDADE:
OS MEIOS DE *ACCOUNTABILITY* DOS AGENTES PÚBLICOS E AS
LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bissoli, Leonardo.

Controle da corrupção e discricionariedade: os meios de accountability dos agentes públicos e as licitações e contratações públicas / Leonardo Bissoli; orientador Sebastião Botto de Barros Tojal – São Paulo, 2018.

262

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Corrupção. 2. Accountability. 3. Discricionariedade. 4. Licitações e contratos administrativos. 5. Avaliação de riscos. I. Tojal, Sebastião Botto de Barros, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Sebastião Botto de Barros Tojal pela orientação na elaboração do presente estudo.

Aos Professores Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza, pelas importantes observações e contribuições na banca de qualificação.

Aos colegas do Tojal Renault Advogados, pelas discussões de ideias que nortearam os rumos da pesquisa e, principalmente, à Renata Rocha Villela, pelo precioso auxílio prestado para conclusão desta dissertação.

Por fim, à minha família, em especial à minha esposa, pelo incentivo e compreensão nos momentos de ausência.

*“The secret of great fortunes, when there’s no obvious explanation
for them, is always some forgotten crime – forgotten, mind you,
because it’s been properly handled.”*

Honoré de Balzac, *Le Père Goriot*, Paris, 1835.

RESUMO

A globalização ampliou o fluxo de informações e o dinamismo nas relações sociais, políticas e econômicas, gerando um aumento exponencial de demandas sobre os Estados. O fenômeno da globalização também pautou a agenda de estudos relacionados à corrupção e caracterizou o direito sancionador como verdadeira *Lex Mercatoria*, destinada à regulação do mercado internacional. Essa nova concepção sobre a corrupção, a qual demanda rigorosos e complexos controles sobre as atividades dos agentes públicos, atua de forma decisiva na capacidade de ação do Estado, especialmente em relação aos países em desenvolvimento, uma vez que induz à produção de um discurso anticorrupção cujo pressuposto é a restrição da discricionariedade, elemento central para garantir flexibilidade de ação aos gestores públicos e, conseqüentemente, uma atuação eficiente da Administração Pública. No Brasil, o discurso anticorrupção, capturado pelo discurso político populista, produz uma cultura legislativa reativa a casos de corrupção, abalizada especialmente na fragilidade das instituições e na desconfiança nos agentes públicos, em especial, nos políticos. Com base nesse discurso, criam-se resistências, especialmente por parte dos órgãos de controle, à implantação de reformas na Administração e na legislação sobre licitações e contratos administrativos, mantendo-se assim vigente um modelo burocrático de gestão. Para viabilizar a saída do impasse estabelecido entre o controle da corrupção e uma gestão pública eficiente, o direito deve buscar formas de criar mecanismos de desincentivos ao ingresso de agente públicos e privados em relações de corrupção e, principalmente, formas de aprimorar a confiança nos agentes públicos. Propõe-se, no presente estudo, como forma de mitigar o risco à corrupção no âmbito das licitações e contratos administrativos, o estímulo à livre concorrência e uma maior segurança jurídica no âmbito da execução dos contratos administrativos, por meio de uma relação mais horizontal entre o Estado e os particulares. Por fim, de modo a aprimorar a confiança nos agentes públicos e viabilizar a transposição dos controles formais para o de resultados, propõe-se a realização de uma avaliação de riscos à corrupção no âmbito das organizações, de modo que seja possível localizar os cargos e funções sensíveis à corrupção, o que permitiria direcionar, de forma estratégica, uma carga de controles específicos para prevenir e detectar atos de corrupção.

Palavras-chave: Corrupção; *accountability*; discricionariedade; licitações e contratos administrativos; avaliação de riscos.

ABSTRACT

Globalization has increased the flow of information and dynamism in social, political and economic relations, generating an exponential increase of demands for the States. The phenomenon of globalization also guided the agenda of studies related to corruption and characterized the sanctioning laws and procedures as a *Lex Mercatoria*, aimed at regulating the international market. This new conception of corruption, which demands rigorous and complex controls over the activities of public agents, plays a decisive role in the State's capacity for action, especially in relation to developing countries, since it induces the production of an anti-corruption discourse whose presupposition is the restriction of discretion, a central element to guarantee flexibility to the public managers and, consequently, an efficient performance of the Public Administration. In Brazil, the anti-corruption discourse, captured by the populist political discourse, produces a reactive legislative culture in cases of corruption, based especially on the fragility of institutions and the distrust of public agents, especially politicians. Based on this discourse, resistances are created to the implementation of reforms in the Administration and legislation on bids and administrative contracts, especially by the control bodies, which collaborate to maintaining a bureaucratic management model. In order to make possible to overcome the impasse between corruption control and efficient public management, the law must seek ways to create disincentive mechanisms for the entry of public and private agents into corruption relations and, above all, ways of improving trust in public agents. Is proposed, in the present study, as a way of mitigating the risk of corruption in biddings and administrative contracts, the promotion of free competition and greater legal certainty in the execution of administrative contracts by means of a more horizontal relationship between the State and individuals. Finally, in order to improve the confidence on public agents and to make possible to transpose the formal controls to the results, it is proposed to carry out a risk assessment for corruption within organizations, so that it is possible to locate the positions and functions of risk, which would strategically direct a load of specific controls to prevent and detect acts of corruption.

Keywords: Corruption; accountability; discretion; biddings and administrative contracts; risks assessment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DA CORRUPÇÃO: UM FENÔMENO COM MÚLTIPLAS ORIGENS E CONSEQUÊNCIAS.....	14
2.1 PERSPECTIVA SOCIOCULTURAL DA CORRUPÇÃO.....	17
2.1.1 A distinção ideológica entre os ambientes público e privado.....	18
2.1.2 A impessoalidade como imperativo de separação das esferas pública e privada.....	20
2.1.3 A construção da ideia de corrupção no Brasil.....	22
2.1.4 A corrupção como fator de degradação da confiança nas instituições.....	30
2.2 PERSPECTIVA ECONÔMICO-POLÍTICA DA CORRUPÇÃO.....	34
2.2.1 Fase da teoria da modernização.....	35
2.2.2 Da teoria da escolha racional à fase neoinstitucional.....	39
2.3 PERSPECTIVA PSICOSSOCIAL DA CORRUPÇÃO.....	45
2.4 PERCEPÇÕES DA CORRUPÇÃO – A FRAGILIDADE DOS ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE O TEMA.....	48
2.5 A GLOBALIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO.....	51
2.5.1 O longo braço da jurisdição estadunidense sobre casos de corrupção. Padrão a ser seguido ou instrumento de dominação?.....	58
2.5.2 Os efeitos da corrupção nas licitações e contratos administrativos e o seu enfrentamento globalizado.....	67
2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	72
3. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA CORRUPÇÃO E O SEU ENFRENTAMENTO NO ÂMBITO DO DIREITO SANCIONADOR.....	75
3.1 ENQUADRAMENTO DA CORRUPÇÃO NO CAMPO JURÍDICO E UM POSSÍVEL MODELO TEÓRICO DE ANÁLISE.....	75
3.2 A CORRUPÇÃO NO DIREITO PENAL.....	84
3.2.1 A caracterização da vantagem indevida e do ato de ofício.....	87
3.1.1.2 A globalização e a expansão do direito penal anticorrupção.....	96
3.3 A CORRUPÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	99

3.3.1	Corrupção e moralidade administrativa.....	106
3.3.2	Corrupção e discricionariedade administrativa.....	115
3.3.3	O desenvolvimento do direito administrativo anticorrupção.....	122
3.3.3.1	A consensualidade no combate à corrupção.....	128
3.4	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	135

4. A INFLUÊNCIA DO DISCURSO ANTICORRUPÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....139

4.1	O DISCURSO ANTICORRUPÇÃO E OS SEUS EFEITOS SOBRE A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	139
4.1.1	As reformas realizadas no âmbito da Administração Pública brasileira, o discurso anticorrupção e a eficiência no exercício da função pública.....	145
4.2	O EMBATE ENTRE O MAXIMALISMO E O MINIMALISMO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	153
4.2.1	O início das licitações no Brasil sob modelos legais minimalistas.....	155
4.2.2	A construção do modelo maximalista de licitações e contratos administrativos no Brasil.....	159
4.2.3	As reações ao modelo maximalista baseadas na busca por maior eficiência no exercício da função pública.....	166
4.3	O CONTROLE FORMALISTA E HIPERTROFIADO EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	173
4.3.1	A expansão do controle prévio dos atos da Administração Pública.....	175
4.3.2	Os impasses do controle e o exercício da função administrativa.....	181
4.4	A RESPOSTA À OPERAÇÃO LAVA JATO – A LEI DAS ESTATAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO.....	185
4.4.1	Diretrizes do regime licitatório previsto na Lei nº 13.303/2016.....	189
4.4.2	Introdução de mecanismos de governança corporativa e o risco de desvirtuamento das funções públicas das estatais.....	193
4.5	AS POSSIBILIDADES E AS LIMITAÇÕES DO PROCESSO LICITATÓRIO E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO.....	206
4.5.1	A preponderância do princípio da ampla concorrência no combate à corrupção.....	207

4.5.2 A necessidade de maior segurança jurídica na execução dos contratos administrativos.....	213
4.6 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	217
5. PRESSUPOSTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS PROCESSOS E FUNÇÕES DE RISCO À CORRUPÇÃO - UM POSSÍVEL INSTRUMENTO DE BALANCEAMENTO DA DENSIDADE LEGISLATIVA SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	221
5.1 PANORAMA DO DESENHO INSTITUCIONAL DA <i>ACCOUNTABILITY</i> DOS AGENTES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	224
5.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DOS AGENTES PÚBLICOS DA LINHA DE FRENTE.....	230
5.3 PRESSUPOSTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS PROCESSOS E FUNÇÕES DE RISCO À CORRUPÇÃO.....	234
5.4 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	244
6. CONCLUSÕES.....	247
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	251

1. INTRODUÇÃO

São Paulo, junho de 2013. Tudo transcorria para ser uma data como outra qualquer na capital paulista, apesar dos protestos contra o aumento das tarifas dos transportes públicos, catalisados pela visibilidade do país ante à proximidade da realização de importantes eventos esportivos e do pleito eleitoral de 2014. Entretanto, uma forte repressão policial a esses protestos provocou grande comoção popular e adesão às manifestações. A pauta dos protestos, antes direcionada ao aumento das tarifas, rapidamente transmutou-se para o tema da corrupção, o melhor instrumento para a população atingir o seu objeto de desconfiança e desgosto, a classe política.

Os agentes políticos, ao verem suas popularidades derreterem, adotaram o discurso anticorrupção reverberado pela sociedade para propor diversas alterações legislativas de modo a moralizar a gestão pública. Em um lapso de sorte para a sociedade, mas de azar para uma grande parte de agentes políticos, as medidas propostas pelo pacote legislativo anticorrupção de 2013 apresentaram-se como inovadoras, seja porque trouxeram novos mecanismos de prestação de contas e controles (*accountability*) dos agentes públicos e, especialmente, porque introduziram no âmbito do direito sancionador mecanismos de cooperação e transação, como os acordos de colaboração e de leniência. A partir do momento que esses novos mecanismos de enfrentamento da corrupção começaram a produzir efeitos, o tema tornou-se prioridade das agendas social, política e econômica do país, especialmente diante das revelações oriundas da Operação Lava Jato e suas decorrências.

Apesar de ter produzido resultado positivo ao pressionar a classe política a promover as alterações legislativas necessárias ao enfrentamento do problema, o discurso anticorrupção no Brasil começou a tomar formas messiânicas e fundamentalistas, sendo capturado por interesses escusos e produzindo resultados tão danosos à sociedade quanto a própria corrupção. Nesse sentido, o discurso de combate à corrupção, nos moldes atuais no Brasil, paralisa a gestão pública, impõem restrições ao desenvolvimento econômico e social, estabelece privilégios aos controladores em detrimento daqueles eleitos pelo povo e produz forte negação à atividade política.

Ocorre que, apesar de adquirir formas exacerbadas atualmente, o discurso anticorrupção não é novo no Brasil. Pelo contrário, sempre esteve presente na vida pública e fundamentou as reformas administrativas promovidas no País, bem como a estruturação

das leis referentes à licitações e contratos administrativos. Entretanto, sempre encontrou em seu caminho um oponente, o discurso pela eficiência da gestão pública, sendo que o embate entre os dois ocorre em torno de um elemento: a discricionariedade administrativa.

Enquanto o discurso anticorrupção prega a restrição do poder discricionário dos agentes públicos, a imposição de múltiplos controles focados em aspectos formais e detalhistas, o discurso pela eficiência da gestão pública defende o oposto, ou seja, um maior campo para a atuação discricionária, tendo em vista a necessidade de flexibilidade para a ação dos gestores públicos, e a transposição da carga de controle de aspectos formais para a análise do cumprimento de metas e obtenção de resultados.

O conflito existente entre o controle da corrupção e a busca por maior eficiência na gestão pública é o pano de fundo do presente trabalho, e fundamenta a hipótese que norteará os caminhos da pesquisa, qual seja: que a manutenção do controle da Administração Pública sob o enfoque legalista e não de resultados decorre da ausência de confiança nos agentes públicos (necessária à efetiva implantação de um modelo gerencial de administração), que tem origem no contexto histórico de criação das normas de controle vigentes, no caso brasileiro, em um ambiente de combate a graves atos de corrupção por parte dos agentes públicos.

Dentre os objetivos da pesquisa, o principal é o de buscar caminhos para diminuir os *trade-offs* inerentes ao referido conflito, especialmente quando a escolha pela eficiência da Administração Pública pode gerar o risco de abertura para a incidência da corrupção. No caso, o objeto de análise será justamente onde mais este tipo de situação ocorre, que é no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Para tanto, será necessário percorrer um longo caminho para estabelecer um desenvolvimento racional da agenda de pesquisas sobre a corrupção, a fim de compreender a sua relação com o tema da discricionariedade.

Nesse sentido, na Seção 2 realizaremos um levantamento histórico da evolução da agenda de pesquisas sobre a corrupção, bem como sobre as suas diversas perspectivas de análise e, especialmente, sobre o fenômeno da globalização do combate à corrupção e suas consequências aos países subdesenvolvidos, como o Brasil. Por uma questão metodológica, de forma a nos afastarmos de estudos que estejam contaminados por posições político-ideológicas em razão do cenário atual do país, esse levantamento será realizado com base precipuamente em literatura estrangeira e nas obras clássicas da literatura nacional.

Na Seção 3, com o objetivo de estabelecer racionalidade jurídica ao tratamento do tema da corrupção, será proposta uma teoria para análise do fenômeno no âmbito do direito sancionador, como forma de trazer maior segurança jurídica e evitar a ocorrência de arbitrariedades e violações a direitos e garantias fundamentais.

Na Seção 4 serão analisados os efeitos do discurso anticorrupção na estruturação do sistema de licitações e contratos administrativos no Brasil, bem como as consequências do embate entre *maximalistas* e *minimalistas* na conformação das leis sobre o tema. Com o objetivo de estabelecer um equilíbrio entre o controle da corrupção e a eficiência na gestão administrativa, serão identificados os mecanismos que, no âmbito das licitações e contratos administrativos, podem ser utilizados para criar desincentivos à prática de atos de corrupção, em especial, o estímulo à ampla concorrência no âmbito das licitações e o estabelecimento de maior segurança jurídica na execução dos contratos administrativos por meio da promoção de maior horizontalidade na relação entre o Estado e os seus contratados.

Na Seção 5 proporemos um possível caminho para aprimorar a confiança nos agentes públicos e, conseqüentemente, viabilizar a transposição da carga de controles sobre aspectos formais para a análise de resultados, que é por meio da identificação de processos e funções de risco à corrupção. Tal mapeamento de riscos tem o condão de viabilizar o direcionamento estratégico das cargas de controle exatamente para aqueles pontos mais sensíveis à corrupção, o que certamente tende a colaborar para a prevenção e detecção de atos de corrupção, bem como auxilia no alívio da carga de controles formais sobre o restante da Administração Pública, permitindo assim uma atuação com maior flexibilidade por parte dos gestores públicos.

Por fim, após realizarmos as conclusões parciais ao término de cada Seção, a conclusão do presente trabalho se destinará a propor caminhos de forma a estabelecer um melhor equilíbrio entre o controle da corrupção e uma gestão pública eficiente.

2. PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DA CORRUPÇÃO: UM FENÔMENO COM MÚLTIPLAS ORIGENS E CONSEQUÊNCIAS

Definir o conceito ou construir uma teoria para a análise da corrupção certamente não é uma tarefa fácil. Inexiste consenso sobre o conceito de corrupção, mas sim diferentes abordagens sobre o tema conforme os fins normativos determinados em pressupostos e classificações dos diversos ramos das ciências sociais.

Nesse sentido, a diversidade de conceitos de corrupção advém da própria multiplicidade semântica da palavra, razão pela qual a corrupção adquire diversas concepções. No plano ocidental, a multiplicidade de significados segue a etimologia latina¹ da palavra, a qual está atrelada à ideia de deterioração, putrefação. Entretanto, considerando que diversas culturas não seguem a etimologia latina em sua linguagem, a ideia de corrupção também adquire outras feições, especialmente quando analisamos a cultura oriental.

Tome-se como exemplo a língua laociana, falada em países como Laos², Vietnã e Tailândia. Em laociano (ou laosiano), a ideia de corrupção é manifestada por meio da seguinte expressão: “ສ້ວາດບັງຫວັງ”, a qual, em alfabeto romano equivale a *solatbanglouang*. A primeira parte (*solat*) significa tomar do povo. A segunda parte (*bang*), tem o sentido de “clandestinidade”. E a terceira parte (*louang*) refere-se a verbas destinadas ao Estado, como tributos. Especula-se que a expressão tenha por origem o fato de fiscais de tributos agirem de forma clandestina no exercício das suas funções, desviando dinheiro coletado dos tributos

¹ “1 deterioração, decomposição física de algo; putrefação <c. dos alimentos> 2 modificação, adulteração das características originais de algo <c. de um texto> 3 fig. Depravação de hábitos, costumes, etc.; devassidão 4 ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, ger. Com oferecimento de dinheiro; suborno <usou de c. para aprovar seu projeto> 5 uso de meios ilegais para apropriar-se de informações privilegiadas, em benefício próprio <é grande a c. no país>. ETIM lat. *corruptio, onis* ‘corrupção deterioração’. SIN/VAR corrompimento, corrupção; ver tb. Sinonímia de *declínio, indecência e suborno*. ANT incorrupção; ver tb. Antonímia de *declínio e indecência*.” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado por Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 557.)

² A Lei nº 45 de 2005, da República Popular Democrática do Laos, que estabelece o sistema anticorrupção naquele país, em seu artigo 2º traz a seguinte definição de corrupção, em tradução livre a partir do inglês: “Corrupção é um ato de um agente público que, oportunisticamente, utiliza-se de sua posição, poderes e deveres para desfalcar, fraudar, receber propinas ou qualquer ato para obter benefício a si próprio, à família, parentes, amigos, membros do clã ou grupo, em detrimento aos interesses do Estado, da sociedade e dos direitos dos cidadãos”. (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO POVO DO LAOS. Lei nº 45/PO). Disponível em: <http://www.laos-lsmp.gov.la/sites/default/files/users/1/58.%20Law%20on%20Anti%20Corruption%20%26%20Decree%20%282005%29%20Eng.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2017.

em proveito próprio e em detrimento da coletividade.³ Ou seja, a ideia de corrupção, para as culturas de língua laociana, possui um significado mais restrito, assemelhando-se aos nossos tipos penais de corrupção e peculato do que ao amplo espectro semântico existente na etimologia latina da palavra.

A impossibilidade de se obter uma significação una e precisa sobre a corrupção conduz à dificuldade de conceituação e formulação de uma teoria sobre o tema, sendo que cada área do conhecimento adota uma posição de acordo com o seu objeto de análise. Essa dificuldade é agravada, principalmente no Brasil, uma vez que a corrupção é tema candente das agendas política, social e jurídica do país. A dificuldade em se definir um conceito uno sobre corrupção conduz à sua utilização no discurso político, de forma a subsidiar ataques entre adversários; na exploração midiática do termo, com objetivo de atingir os mais diversos fins; e na judicialização de condutas e temas comumente afeitos aos campos da moral e da política.⁴

A conceituação mais comum adotada para a corrupção é a de ser um ato de abuso do poder confiado para o ganho privado.⁵ Ainda que estejamos de acordo com essa conceituação, ela sofre mutações restritivas e/ou ampliativas conforme a perspectiva de análise adotada, sendo que isso traz grande dificuldade⁶ para o estabelecimento de um modelo teórico jurídico para a análise do fenômeno.

Nesse sentido, a sociologia adota uma interpretação ampla do conceito de corrupção, tomando por fundamento esta ser originada de uma confusão entre a esfera pública e a privada, na qual os agentes abusariam do poder público para benefícios privados.

³MESSICK, Rick. *ສ້າງວັງຫຼວງ: The Laotian Approach*. Disponível em: <<https://globalanticorruptionblog.com/2016/07/20/ສ້າງວັງຫຼວງ-the-laotian-approach/>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

⁴ “Corruption is a major issue for politics. It is always advantageous for a political aspirant to stigmatize a politician or a political candidate as corrupt and to raise the smell of scandal about an officeholder and his or her administration. The media and the public enjoy the sport of exposing hypocrisy among those who make and implement the law. Denunciation of corruption and calls for reform, ever-present features of American politics, become most salient when popular opinion becomes focused on a scandal.” (ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 16.)

⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016, p. 9.

⁶ A prova da dificuldade de se conceituar juridicamente o fenômeno corrupção pode ser percebida na própria Convenção da ONU contra a corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida. A referida Convenção traz, em seu artigo 2º, diversas definições dos termos utilizados, menos a definição de corrupção.

Esta simbiose entre o público e o privado dar-se-ia em meio a normas formais e informais das instituições sociais, sendo os aspectos culturais relevantes para a definição da noção de interesse público.

Por outro lado, a perspectiva econômico-política traz uma visão funcionalista sobre a corrupção nos processos de modernização dos Estados, bem como estabelece a sua análise sobre as barreiras e os incentivos que levam os agentes a praticarem atos de corrupção, considerando assim que o agente corrupto/corruptor é um ser racional, o qual, mediante uma análise de custo-benefício, engajará ou não à prática de atos ilícitos.

Essa multidisciplinariedade de visões que envolvem a corrupção conduz a uma dificuldade de se estabelecer uma linha cronológica de desenvolvimento dos estudos sobre o tema. Poucos autores estabelecem alguma racionalidade na exposição da evolução dos estudos da corrupção, sendo que, dentre os poucos, destacam-se FRANK ANECHARICO e JAMES JACOB, os quais expõem uma divisão do enfrentamento da corrupção nos EUA em quatro períodos distintos: a) o da visão antiprivilégios (*antipatronage*); b) o da visão progressista; c) o da visão científica e; d) o da visão do panóptico.⁷

O *período da visão antiprivilégios* caracterizou-se entre 1870 a 1900, após a Guerra de Secessão norte-americana, de forma a diminuir a incidência de concessões e privilégios em troca de apoio político. Os reformistas acreditavam que era necessária a introdução da meritocracia como forma de substituir o sistema de privilégios então existente. Dessa forma, a reforma pautou-se em “moralizar” a Administração Pública norte-americana de modo a distinguir interesses meramente político partidários do verdadeiro interesse público, o qual deveria prevalecer sobre interesses privados.

O *período da visão progressista* está atrelado à noção de profissionalização da Administração Pública, bastante inspirada pelas ideias da burocracia weberiana, bem como buscou-se nesse período realizar a distinção entre o exercício da política e a atividade administrativa.

O *período da visão científica* pautou-se em entender e controlar o comportamento dos agentes públicos. Muito mais do que uma questão de profissionalização da Administração Pública, o combate à corrupção era entendido como um problema de desenho

⁷ ANECHARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 19-26.

das estruturas das organizações, ao invés de desonestidade ou falta moral dos agentes públicos. Assim, os arranjos normativos teriam, por si só, o condão de criar mecanismos de incentivo ou dissuasão à prática de atos corruptos.

Por fim, o *período da visão do panóptico*⁸, cujo marco se deu a partir da década de 70 em razão do escândalo de Watergate e da crise fiscal em municípios norte-americanos, é compreendido como um sistema de arranjos normativos para investigação dos agentes públicos baseado na constante ameaça de imposição de sanções. Essa visão parte do pressuposto de que os agentes públicos vão sucumbir às oportunidades de corrupção, sendo assim necessária a constante fiscalização, investigação e imposição de sanções.

Embora estejamos de acordo com a classificação realizada por FRANK ANECHARICO e JAMES JACOB em relação à evolução do enfrentamento da corrupção, o raciocínio dos autores refere-se aos EUA (apesar de parte da ideia ser aplicável ao Brasil⁹), bem como transmite uma ideia de solução de continuidade entre as políticas anticorrupção adotadas em cada período, o que de fato não ocorreu. Assim, entendemos que é mais interessante analisar, por meio de um racional cronológico, as diversas perspectivas científicas que moldaram as reformas e os instrumentos destinados a combater a corrupção, conforme será realizado a seguir:

2.1 PERSPECTIVA SOCIOCULTURAL DA CORRUPÇÃO

⁸ Os autores se utilizam do termo panóptico em referência a um tipo de prisão concebida pelo filósofo JEREMY BENTHAM, a qual consistia em um modelo com celas separadas, em formato circular, que permitia aos guardas a visualização e controle de várias celas ao mesmo tempo com o menor número de recursos aplicados. A ideia do referido modelo de prisão também gera um efeito psicológico no preso, uma vez que quanto maior for a probabilidade de uma pessoa em determinado momento estar sob inspeção, maior será a persuasão e o sentimento gerado no sentido de estar sendo inspecionado. (ANECHARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 24.)

⁹ Em nossa visão, não há uma clara aplicação do período científico ao Brasil, uma vez que no país as normas jurídicas destinadas ao enfrentamento da corrupção não foram pensadas de modo sistêmico a fim de criar um desenho institucional capaz de prevenir, detectar e sancionar os atos de corrupção, mas sim foram concebidas tomando por base a ideia de que o brasileiro possui um vício de caráter, herança de nossas origens ibéricas. No Brasil, o ideal de burocracia foi levado ao extremo, estabelecendo-se um grande conjunto de normas destinadas à prevenção e punição de atos ilícitos que não funcionam propriamente como um sistema orgânico, mas sim um sistema autofágico.

A corrupção no Brasil é comumente atrelada à teoria do patrimonialismo¹⁰, a qual explica o fenômeno da corrupção no cenário político-social do país por meio de uma suposta imoralidade do brasileiro decorrente de uma tradição estamental herdada do mundo ibérico.

Referida teoria supõe que a tradição política brasileira não respeitaria a separação entre o público e o privado, sendo o patrimonialismo a mazela da construção da República, uma vez que inexistiria a separação entre os meios de administração, funcionários e governantes, de modo que estes explorariam suas posições e cargos públicos em benefício privado.¹¹

Para compreender a distinção entre a esfera pública da privada, e com fundamento que a subversão da primeira pela segunda seria uma das causas da corrupção em uma análise sociocultural do Brasil, faz-se necessário adentrar em conceitos que remetem à teoria política, como a noção de bem público, de modo que seja possível a correta distinção entre as duas esferas por meio do imperativo principiológico da impessoalidade.

2.1.1 A distinção ideológica entre os ambientes público e privado

O conceito de esfera pública talvez seja o mais importante desenvolvido pela teoria política no século 20, sendo que dois autores se destacam nesse campo, HANNAH ARENDT e JURGEN HABERMAS.

ARENDT, em sua obra “A condição humana”, define o conceito de “público”, em um primeiro sentido, como aquilo que pode ser visto e ouvido por todos e que tem a maior divulgação possível.¹² Em um segundo sentido, “público” significa o próprio mundo, na

¹⁰ “Patrimonialismo é a substantivação de um termo de origem adjetiva: patrimonial, que qualifica e define um tipo específico de *dominação*. Sendo a dominação um tipo específico de poder, representado por uma vontade do dominador que faz com que os dominados ajam, em grau socialmente relevante, como se eles próprios fossem portadores de tal vontade, o que importa, para Weber, mais que a obediência real, é o sentido e o grau de sua aceitação como norma válida – tanto pelos dominadores, que afirmam e acreditam ter autoridade para o mando, quanto pelos dominados, que crêem nessa autoridade e interiorizam seu dever de obediência.” (CAMPANTE, Rubens Goyatá. *O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira*. In **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v.46, n°1, 2003, p. 155. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>>. Acesso em 13 de novembro de 2017.)

¹¹ FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In **Opinião Pública**, v. 15, n. 2, 2009. pp. 386-421.

¹² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 59.

medida em que seria comum a todos. A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne as pessoas na companhia umas das outras e evita que se colidam, sendo que o principal mecanismo para evitar tais colisões é a política, a qual tem como elemento central a demarcação entre o público e o privado.¹³ Dessa forma, “a negação do mundo como fenômeno político só é possível à base da premissa de que o mundo não durará; mas, à base de tal premissa, é quase inevitável que essa negação venha, de uma forma ou de outra, a dominar a esfera política.”¹⁴

Assim, sendo a política necessária para evitar conflitos humanos, ela própria toma feições de uma atividade puramente humana, isto é, independente da intermediação da natureza. Neste ponto reside a crítica de ARENDT à política moderna: a redução da política ao social, aos interesses e à despolíticação da condição humana. A sociedade de massas e a ascensão do social despolitizaram a condição humana e a transferiram para as atividades privadas, em especial, para o consumo.¹⁵

HABERMAS, por sua vez, estabelece conceitos mais contemporâneos sobre a esfera pública, os quais estão relacionados à ideia de um debate público desvinculado das estruturas de poder. Assim, a principal dimensão da esfera pública é a desvinculação entre o exercício do poder e a discussão sobre o conteúdo das decisões tomadas pela autoridade política. Entretanto, para a esfera pública ser democrática, ela deve ser constituída pelo debate entre diferentes atores, o que requer a diversidade de gênero, cultural, social, dentre outras.¹⁶

Embora o tema da corrupção não seja objeto da obra dos dois autores, LEONARDO AVRITZER aduz que há um conceito de corrupção das características do espaço público que pode ser encontrado tanto em ARENDT quanto em HABERMAS.¹⁷

¹³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 62.

¹⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 64.

¹⁵ AVRITZER, Leonardo. *Esfera pública*. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). **Corrupção – Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 134.

¹⁶ AVRITZER, Leonardo. *Esfera pública*. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). **Corrupção – Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 136.

¹⁷ AVRITZER, Leonardo. *Esfera pública*. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). **Corrupção – Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 136.

Segundo o autor, a ideia de corrupção para ARENDT está relacionada à substituição da ação pela fabricação. A fabricação, ao adentrar ao espaço da política, corromperia uma das principais características do espaço público, que é a condição humana da pluralidade. O público, para ARENDT, é estruturalmente dependente da pluralidade humana, sendo esta a garantia de um novo começo, ou seja, de manutenção do processo de inovação na política. A fabricação corromperia este elemento e colocaria em risco a própria política em si. Para HABERMAS, a corrupção do espaço público está relacionada ao desenvolvimento de formas de comunicação que manipulam a opinião por meio da fixação de conteúdo, ou seja, a corrupção está ligada à corrosão das formas de comunicação face a face que caracterizam a política moderna e são desfeitas pela estrutura da sociedade de massas.

É certo que a distinção entre a esfera pública da esfera privada possui caráter instrumental, porque visa estabelecer os limites necessários a serem observados pelos agentes públicos no exercício das suas competências, a fim de que realizem os atos que lhe caibam com o objetivo de alcançar o bem comum, que é o caracterizador do regime republicano¹⁸.

2.1.2 A impessoalidade como imperativo de separação das esferas pública e privada

Pode-se dizer que, do ponto de vista da separação material entre o soberano e o Estado, o pensamento de MAX WEBER foi o grande divisor de águas no plano da sociologia política, uma vez que buscou estabelecer a profissionalização da máquina burocrática e, conseqüentemente, uma maior impessoalidade nas relações dos particulares e governantes com o Estado.

Para WEBER, a burocracia é o modelo ideal para a instituição do domínio racional-legal nas relações com as organizações públicas e privadas, uma vez que traz para essas relações maior previsibilidade e objetividade, afastando-se assim práticas arbitrárias e subjetivas. Para tanto, é necessário a criação de regramentos e procedimentos, comunicações

¹⁸ Nesse sentido, CELSO LAFER destaca os seguintes elementos caracterizadores do regime republicano: “i) a ênfase no bem público, que não se confunde com o interesse dos particulares; ii) a importância do papel do direito para impedir a violência e o arbítrio; iii) as virtudes cívicas da cidadania, necessárias para aperfeiçoar a convivência coletiva, voltada para a utilidade comum que tem como um de seus ingredientes o tema da educação pública ao alcance de todos e; (iv) o princípio federalista como fórmula capaz de conciliar o tamanho com a proximidade, tanto no plano interno quanto no plano internacional.” (LAFER, Celso. *O significado de república*. In *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 2, nº. 4, 1989, p. 222)

formais, divisão de trabalho, impessoalidade nas relações, competência técnica, especialização e profissionalização.

Nesse sentido, a burocracia de um Estado moderno, segundo o modelo weberiano, repousa nos seguintes princípios:

- 1º, a existência de serviços definidos e, portanto, de competências rigorosamente determinadas pela lei ou regulamentos, de sorte que as funções são nitidamente divididas e distribuídas, bem como os poderes de decisão necessários à execução das tarefas correspondentes;
- 2º, a proteção dos funcionários no exercício de suas funções, em virtude de um estatuto (efetivação dos juízes, por exemplo). Em geral, as pessoas se tornam funcionárias para a vida toda, de maneira que o serviço do Estado vem a ser uma profissão principal, e não uma ocupação secundária ao lado de um outro ofício;
- 3º, a hierarquia das funções, o que quer dizer que o sistema administrativo é fortemente estruturado em serviços subalternos e em cargos de direção, com possibilidade de recurso da instância inferior à instância superior; em geral esta estrutura é monocrática e não colegiada e manifesta uma tendência no sentido da maior centralização;
- 4º, o recrutamento se faz por concurso, exames ou títulos, o que exige dos candidatos uma formação especializada. Em geral, o funcionário é nomeado (raramente eleito) com base na livre seleção e por contrato;
- 5º, a remuneração regular do funcionário sob a forma de um salário fixo e de uma aposentadoria quando ele deixa o serviço público. Os tratamentos são hierarquizados em função da hierarquia interna da administração e da importância das responsabilidades;
- 6º, o direito que tem a autoridade de controlar o trabalho de seus subordinados, eventualmente pela instituição de uma comissão de disciplina;
- 7º, a possibilidade de promoção dos funcionários com base em critérios objetivos e não segundo o livre arbítrio da autoridade;
- 8º, a separação completa entre a função e o homem que a ocupa, pois nenhum funcionário poderia ser dono de seu cargo ou dos meios da administração.¹⁹

Essas regras, na visão de WEBER, são essenciais para o desenvolvimento do mercado, especialmente em uma sociedade capitalista, uma vez que a desumanização da atividade administrativa traz maior “calculabilidade”, previsibilidade e racionalidade à gestão das organizações:

A peculiaridade da cultura moderna, especialmente a de sua base técnico-econômica, exige precisamente essa “calculabilidade” do resultado. A

¹⁹ FREUND, Julien. *A sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975, p. 171.

burocracia em seu desenvolvimento pleno encontra-se, também, num sentido específico, sob o princípio *sine ira ac studio*. Ela desenvolve sua peculiaridade específica, bem-vinda ao capitalismo, com tanto maior perfeição quanto mais se “desumaniza”, vale dizer, quanto mais perfeitamente consegue realizar aquela qualidade específica que é louvada como sua virtude: a eliminação do amor, do ódio e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais e, de modo geral, irracionais, que se subtraem ao cálculo, na execução das tarefas oficiais.²⁰

Tem-se, assim, que a burocracia se contrapõe ao patrimonialismo, uma vez que este é o modelo de gestão de organizações no qual há a preponderância de relações não profissionalizadas, baseadas em preferências pessoais, de modo que ocorre uma confusão entre o patrimônio privado com aquele vinculado aos fins organizacionais.

Para WEBER, o patrimonialismo é a mais corrente forma do domínio tradicional e que se baseia em uma norma preexistente não-racional e nada técnica, mas de conteúdo concreto, que é o costume. No patrimonialismo, não é um código constitucional ou outra espécie de lei que faz a sua unidade, mas sim a própria pessoa do “soberano” que perpetua o poder. A autoridade nesse caso é fundamentalmente pessoal, independentemente de qualquer fim objetivamente racional.²¹

O grande problema do patrimonialismo, o qual Weber tentou solucionar com a sua ideia de burocracia, era a inexistência da separação da esfera privada da esfera pública, ou seja, a distinção entre os interesses pessoais do administrador e os interesses públicos ligados ao cargo. Embora WEBER não tenha diretamente tratado da corrupção em seus estudos, suas ideias influenciaram a construção teórica sobre o tema, bem como moldaram reformas administrativas em diversos países, como EUA e Brasil, de modo a buscar uma maior profissionalização e impessoalidade na gestão pública.

2.1.3 A construção da ideia de corrupção no Brasil

Um dos primeiros autores que forneceram elementos para a construção de um modelo de análise da corrupção no Brasil foi SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, com sua obra

²⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Volume 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 213.

²¹ FREUND, Julien. *A sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975, p. 174.

“Raízes do Brasil”²², publicada inicialmente em 1936, por meio da qual realizou um estudo antropológico do brasileiro, estabelecendo questões de cultura e personalidade como elementos chave para a formação do Estado patrimonialista, sendo este um espelho das relações sociais existentes. Conforme dispõe HOLANDA, o patrimonialismo é resultado de uma cultura da personalidade do brasileiro na qual não existem regras impessoais de relação no plano da sociedade e entre a sociedade e o Estado.

As características do brasileiro teriam por origem a cultura dos países ibéricos, nos quais havia uma certa frouxidão nas estruturas sociais que permitia a movimentação e a competição entre os indivíduos. Nesse sentido, a burguesia mercantil não precisou romper com a aristocracia, ou adotar um modo de agir e pensar absolutamente novo. Ao contrário do rompimento, como ocorreu em países de origem anglo-saxã, a burguesia se lambuzou dos títulos e honrarias palacianas concedidos pela aristocracia.²³

Em razão da inexistência da ruptura entre a aristocracia e a burguesia no mundo ibérico e, por espelhamento, no Brasil, houve grande dificuldade em se implantar um moderno sistema industrial, no qual haveria separação entre empregadores e empregados, ou seja, um sistema no qual os círculos de intimidade são cortados, ao contrário do que ocorria nas antigas corporações de ofício.²⁴

Devido a inexistência de modernos processos de industrialização, imperou no Brasil um tipo primitivo de família patriarcal rural, ou seja, aquela na qual os seus membros são mantidos sob rígidos controles e estreitas relações pessoais. Diante dessa sociedade rural patriarcal, não seria fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade compreender a distinção fundamental entre os domínios do público e do privado.²⁵

Na análise dos traços característicos do brasileiro, HOLANDA introduz o conhecido conceito do “homem cordial”. A sutileza no trato, a hospitalidade e a generosidade representariam traços definidos no caráter do brasileiro, fecundos da influência ancestral dos padrões de convívio humano informados no meio rural e patriarcal.²⁶

²² HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

²³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 49.

²⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 247.

²⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 252-253.

²⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 254.

A manifestação normal do respeito em outros povos teria por aqui a sua réplica, em geral, no desejo de estabelecer intimidade. Tal característica estaria presente entre nós mesmo nos tipos de atividade que devem se alimentar normalmente da concorrência. Essa manifestação de intimidade também seria reflexo dos próprios rituais religiosos do brasileiro, advindos do catolicismo ibérico, no qual o Deus “palaciano” adquire uma feição de amigo familiar.²⁷

A característica da cordialidade teria por objetivo contornar a despersonalização que o mundo contemporâneo tende a generalizar devido à necessidade de racionalizar o funcionamento das instituições. Assim, a aptidão do brasileiro para o social estaria longe de construir um fator apreciável de ordem coletiva, uma vez que conduz à negativa de aceitação de um princípio superindividual de organização. A personalidade individual dificilmente suporta ser comandada por um sistema exigente e disciplinador.

Por fim, para HOLANDA, a emergência de um novo mundo, no qual os elementos de origem lusitana se obliterariam cada vez mais, ocorreria por meio da consolidação trabalhosa do espírito das cidades, sendo este o promotor do racional contra o patrimonial, a rotina contra a aventura, o impessoal contra o pessoal.

Pouco tempo adiante, em 1958, RAIMUNDO FAORO lançou a primeira edição da obra “Os Donos do Poder: a formação do patronato político brasileiro”, por meio da qual construiu um raciocínio de que o patrimonialismo no Brasil seria uma herança do estamento burocrático do mundo ibérico, no qual o próprio Estado, em suas relações com a sociedade, exerceria uma função opressora por meio do estabelecimento de um sistema de privilégios destinados unicamente aos integrantes dos estamentos alojados na burocracia estatal. Esses burocratas privilegiados conduziram o Estado sem conhecer regras impessoais e racionais, utilizando-se de mecanismos em suas relações com a sociedade marcados pela corrupção, como o clientelismo e o nepotismo. Dessa forma, à sociedade restaria apenas a busca pelo acesso aos mesmos privilégios mediante a compra de cargos públicos, favores da burocracia estatal e o acesso ao erário público.²⁸

²⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 256-529.

²⁸ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo.

O fulcro da argumentação de FAORO, de certa forma, assemelha-se à de HOLANDA, no sentido de recusar a existência de um sistema feudal (composto de estruturas sociais rígidas) em Portugal e, por consequência, no Brasil. Entretanto, FAORO fez uso ao seu modo da doutrina de MAX WEBER, adotando conceitos como patrimonialismo, capitalismo politicamente orientado, burocracia e estamento.²⁹

FAORO aduz que o sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores em uma rede patriarcal, na qual representam uma extensão da casa do soberano. Assim, os servidores do Estado patrimonial podem ser comparados a uma nobreza própria e, às vezes, até mesmo superior a esta.³⁰

O Estado patrimonialista torna-se uma empresa do príncipe, o qual, empresário audacioso, intervém em tudo, expondo-se a riscos por amor à riqueza e à glória. Lançam-se assim as bases para o capitalismo de Estado, politicamente orientado, que floresceu ideologicamente no mercantilismo³¹ português.³²

O estamento burocrático em um Estado patrimonialista como o Brasil comandaria o ramo civil e militar da Administração e, dessas bases, com aparelho próprio, invadiria e dirigiria a esfera econômica, política e financeira do país. Como ocorre na maioria dos países em desenvolvimento, o estamento burocrático absorveria os técnicos do capitalismo industrial e, preocupada com a eficiência de modernização econômica e social, desdenha dos políticos, qualificando-os como ignorantes, incapazes e corruptos. Assim, o brasileiro, para se distinguir, há de ter prestado sua colaboração ao aparelho estatal, não na empresa privada,

²⁹CAMPANTE, Rubens Goyatá. *O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira*. In **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v.46, n°1, 2003, pp. 155-193. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>>. Acesso em 13 de novembro de 2017.

³⁰ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo, p. 38.

³¹ A partir da Revolução de 1385, quando se instalou no trono a dinastia de Avis, Portugal tornou-se um dos primeiros Estados de capitalismo monárquico, associado à empresa mercantil das grandes navegações, sendo o monarca o maior comerciante do reino.

³² FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo, p. 40.

no êxito nos negócios, na contribuição à cultura, mas sim como um bom servidor, com carreira administrativa e currículo aprovado de cima para baixo.³³

Pode-se dizer que tanto HOLANDA quanto FAORO defendem o liberalismo³⁴ como o caminho a ser percorrido para a solução das mazelas de nossa república. A demasiada intervenção do Estado na atividade econômica³⁵, de modo a manter os privilégios de um estamento burocrático, moldado por uma administração patrimonialista, deve dar lugar ao incentivo ao livre mercado. De uma certa forma, as visões de HOLANDA e FAORO coincidem com o pensamento preponderante sobre uma teoria da corrupção no campo econômico-político, ao menos com aquela defendida pela maioria dos autores até o fim do século XX³⁶, na qual o estímulo ao mercado e a redução do Estado a um patamar mínimo seriam o caminho para reduzir a corrupção.

Entretanto, ao extrair os elementos do pensamento de HOLANDA, é possível ainda afirmar que a corrupção tem por fundamento um traço cultural do brasileiro? Ou ainda, é possível afirmar que questões culturais são preponderantes para a florescimento da corrupção no âmbito de uma sociedade? Parece-nos que a resposta é negativa.

O próprio HOLANDA adverte que a característica do homem cordial permaneceria até o advento da cultura das cidades, ou seja, a modernização do Estado, do rural para o

³³ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo, pp. 830-831.

³⁴ Não faltam críticas às teses de Holanda e Faoro, as quais culminam na defesa do liberalismo como saída para a resolução do problema da corrupção no Brasil. Entretanto, tais críticas estão muitas vezes relacionadas às divergências entre as preferências por um modelo político de Estado do que propriamente à ineficácia de uma saída liberal como forma de atacar o problema da corrupção. Nesse sentido:

“É a partir desse raciocínio que o tema da corrupção política passa a ser um dos temas centrais e recorrentes do debate acadêmico e político brasileiro. Observe o leitor, no entanto, que, de modo muitíssimo curioso, apenas o “Estado” passa a ser percebido como o fundamento material e simbólico do patrimonialismo brasileiro. Ora, se todos somos “cordiais”, por que apenas quando estamos no Estado desenvolvemos as consequências patológicas dessa nossa “herança maldita”? Por que o mercado, por exemplo, não é percebido do mesmo modo? E por que, ao contrário, o mercado é inclusive visto como a principal vítima da ação parasitária estatal? (SOUZA, Jessé. *Weber*. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). **Corrupção – Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 83-84.

³⁵ “No Brasil, pode-se dizer que sempre houve grande intervencionismo estatal. Por aqui, o liberalismo teria passado ao largo, e, como não poderia deixar de ser, a organização administrativa foi estruturada para esse fim intervencionista (...)” (GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 83)

³⁶ “To oversimplify a bit, libertarians view corruption as a symptom of an intrusive, meddling state that systematically reins in the free market and undermines entrepreneurial activity and competition. Their solution is to reduce the state to its bare bones so that it does little more than protect private property” (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016, pp. 262-263.)

urbano, seria o elemento crucial para o saneamento dos “vícios” de caráter do brasileiro. Certamente, não se pode dizer que o Brasil, desde 1936, não tenha passado por um grande processo de modernização e urbanização.

Ademais, ainda que se considere que não tenha ocorrido o advento da própria condicionante estipulada por HOLANDA para a mitigação dos traços de caráter do brasileiro prejudiciais à construção de uma ordem coletiva menos propensa à prática de atos de corrupção, diversos são os exemplos que demonstram que fatores culturais não são preponderantes para a perpetuação da corrupção no âmbito das instituições. Tome-se como referência o caso de Hong Kong, região administrativa especial da China que, apesar de possuir fortes vínculos culturais com este país, conseguiu se destacar e implantar uma política anticorrupção por meio da qual as práticas corruptas, antes socialmente aceitas, tornaram-se exceção.³⁷

Dessa forma, parece-nos um equívoco nos dias de hoje invocar questões de um suposto traço do caráter do brasileiro como elemento propiciador de atos de corrupção. Ocorre que essa tese ainda parece se perpetuar e, por mais paradoxal que possa parecer, é utilizada justamente para impedir a implantação de um modelo liberal de Estado, justamente o caminho defendido tanto por Holanda quanto por Faoro para minimizar a incidência da corrupção nas instituições. Isso porque a construção teórica da corrupção no Brasil, fundada em um suposto vício de caráter do brasileiro, o qual não saberia realizar a correta distinção entre as relações pessoais e as formais, o público e o privado, influencia na construção das normas jurídicas e no exercício da função jurisdicional, os quais tendem a ignorar a necessidade do estabelecimento de relações entre o setor público e o privado, quando não, muitas vezes, caminham para o ponto de vetar qualquer tipo de interação entre as duas esferas.

SAMUEL HUNTINGTON, cujo trabalho será estudado com mais detalhes na próxima seção, ao analisar o fenômeno da modernização nos países em desenvolvimento e a relação com a corrupção no fim da década de 60, destaca que no Brasil há a ideia de se considerar

³⁷ “Hong Kong suffered from pervasive corruption in the 1960s and 1970s. Bribery was regarded as a necessary evil and a way to get things done. The timely establishment and effectiveness of the Independent Commission Against Corruption (“ICAC”) in 1974 contributed significantly to the development of a “clean government” and, as a result, Hong Kong has changed from a place where corruption was once a way of life and penetrated almost every thread of Society to one of the most corruption-free places in the world.” (WING-CHI, Hui. *Combating corruption: The Hong Kong experience*. In *Tsinghua China Law Review*, vol. 6, n. 239, 2013-2014, pp. 239-256.)

como corrupta qualquer tentativa da esfera privada influenciar à construção de políticas públicas, bem como de se considerar demagogia quando o governo age em deferência a pleitos particulares e às pressões exercidas pela sociedade.³⁸ Há, assim, uma verdadeira panaceia³⁹ de que impedir o relacionamento ou a aproximação do setor privado ao público é o caminho para evitar atos de corrupção, uma vez que o brasileiro não teria condições de realizar a devida distinção entre as duas esferas. Nesse sentido, não é de se estranhar que até hoje no Brasil não haja a regulamentação do *lobby*, bem como exista uma névoa sobre como os particulares devem interagir com o Poder Público, o que traz grande insegurança jurídica para ambas as partes.

Ainda que as questões culturais não se mostrem mais um fundamento preponderante para a compreensão do fenômeno da corrupção no Brasil, as ideias de FAORO aparentemente ainda permanecessem válidas em relação à noção de patrimonialismo e estamento burocrático, especialmente sob o prisma do controle da Administração Pública, embora não sejam, por si só, suficientes para delinear todas as causas do problema no país.⁴⁰

É interessante observar que a questão do patrimonialismo (como idealizado por FAORO) é invocada tanto por agentes políticos⁴¹ que se dizem vítimas do estamento

³⁸ “Modernizing elites are nationalistic and stress the overriding preeminence of the general welfare of society as a whole. Hence in a country like Brazil, efforts by private interests to influence public policy are considered, as in Rousseau, inherently corrupt. By the same token government action which is fashioned in deference to particular claims and pressure from Society is considered demagoguery.” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 62.)

³⁹ “In the extreme case the antagonism to corruption may take the form of the intense fanatical puritanism characteristic of most revolutionary and some military regimes in at least their early phases. Paradoxically, this fanatical anticorruption mentality has ultimate effects similar those of corruption itself. Both challenge the autonomy of politics: one substituting private goals for public ones and other replacing political values with technical ones” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 63.)

⁴⁰ “Na linhagem do pensamento político brasileiro derivada de Faoro, o patrimonialismo é um problema típico do Estado, conforme uma rigidez estrutural na sociedade brasileira (CARVALHO, 1997). A herança deixada na organização do Estado e da atividade econômica por Portugal explica a corrupção do presente. A partir desse conceito de patrimonialismo a corrupção no Brasil é resultado da constituição histórica do Estado e da sobreposição do estamento burocrático à sociedade. Acreditamos, por outro lado, que a corrupção não pode ser explicada, hoje, pelo conceito de patrimonialismo de Faoro, porque não há, no Brasil, um sistema de legitimação tradicional e as práticas de corrupção não são apenas derivadas do poder estatal, mas têm, também, uma ressonância na cultura política” (FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In **Opinião Pública**, v. 15, n. 2, 2009. p. 390.)

⁴¹ “O Brasil deixaria Madison, Jay e Hamilton de cabelos em pé. Quando se olha para as instituições do país, vê-se logo que são tomadas por uma espécie de luta interna entre seus propósitos mais nobres e uma encarniçada disputa político-partidária, que obedece à lógica das facções. As instituições que deveriam apenas “garantir o jogo” democrático têm apetite por “jogar o jogo”, o que o torna menos democrático. Costuma-se dizer que é complicado administrar uma cidade como São Paulo, mas a mim isso sempre foi extremamente estimulante. O problema é que instituições que deveriam funcionar para, na forma da lei, dar respaldo a quem

burocrático, o qual impediria a execução de políticas públicas, quanto pelos próprios membros da burocracia estatal⁴², como os integrantes do Ministério Público, no sentido de reforçar os mecanismos de controle, especialmente sobre os agentes eleitos pelo povo, os quais sempre tenderiam a abusar do poder, utilizando-se da coisa pública como se privada fosse.

De fato, as ideias de FAORO podem ser entendidas como um fundamento sociológico para o embate existente entre os exercentes da atividade política, ansiosos por maior liberdade de ação, e os controladores integrantes da burocracia estatal, os quais têm repúdio à classe política e primam por controles rígidos, de forma a restringir qualquer espaço para a discricionariedade na função administrativa.

Assim como a ideia de patrimonialismo nos conduz à conclusão de que os detentores dos poderes político e administrativo necessitam de um controle efetivo, a ideia de estamento burocrático também nos leva a ter o cuidado de refletir sobre o discurso anticorrupção, adotado muitas vezes de modo messiânico e fundamentalista por parte daqueles que exercem o controle sobre a Administração Pública. O voto popular não legitima o abuso de poder para se alcançar os fins perquiridos e tampouco a apropriação da *res publica*, assim como o concurso público não purifica o caráter e, do mesmo modo, não autoriza a substituição da vontade daquele eleito pelo povo pela vontade individual do controlador.⁴³

ganha as eleições para executar seu plano de governo agem, muitas vezes, de forma facciosa. Hoje a bandeira a empunhar talvez fosse a da “justiça sem partido” (HADDAD, Fernando. *Vivi na pele o que aprendi nos livros. Um encontro com o patrimonialismo brasileiro*. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/vivi-na-pele-o-que-aprendi-nos-livros/>> Acesso em 16 de junho de 2017.)

⁴² “A corrupção vende ilusões. No espelho, o Brasil se enxergava mais bonito do que era, mas a Lava Jato revelou uma dura realidade. A cada mês, pencas de novos políticos e empresas são implicados, de diferentes partidos e setores. Grande parte da elite política e boa parte da elite econômica se uniram para lucrar e manter o poder por meio da corrupção. Fazer política e ser amigo do “rei” se tornou um excelente negócio no país. (...)

O povo escolhe seus representantes, mas, no mar de candidatos, desponta quem aparece mais. Aparece mais quem gasta mais. Gasta mais, frequentemente, quem desvia mais. A “seleção natural” faz com que os corruptos tendam a sobreviver na política. A Lava Jato revelou que partidos receberam mais em propinas do que em verbas do fundo partidário. A sociedade se tornou prisioneira de um sistema corrupto.” (DALLAGNOL, Deltan. *As ilusões da corrupção*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/06/1890047-as-ilusoes-da-corrupcao.shtml>>. Acesso em 16 de junho de 2017.)

⁴³ “Em todas as instâncias, as burocracias incumbidas do controle são as mais preparadas, mais aparelhadas e mais bem remuneradas do serviço público. Normalmente seus agentes ascendem às carreiras de controle após percorrerem uma sucessão de concursos públicos. Em pouco tempo de carreira sua remuneração chega próxima ao teto da respectiva esfera federativa. O emprego estável, autônomo e remunerado no máximo possível acarreta uma infável pulsão por protagonismo. Por um lado, os agentes do controle se consideram, não sem

Ocorre que o fenômeno da corrupção (assim como o discurso anticorrupção) atua como um elemento de desequilíbrio entre o embate referido, uma vez que tende a moldar o sistema legal de modo a criar mais mecanismos de controle (muitas vezes de forma sobreposta) e a limitar o poder de ação dos administradores por meio de procedimentos detalhistas e constritores de qualquer tipo de discricionariedade. Além de moldar o desenho institucional, a corrupção também afeta a confiança da população nas instituições, principalmente nas políticas, o que, por consequência, abre espaço para uma maior atuação e destaque das instituições de controle, geralmente ocupadas por servidores que foram investidos nos cargos por meio de concurso público, os quais, não raro, extrapolam suas competências e atuam em substituição àqueles eleitos pelo povo.

É certo que o ideal, para o estabelecimento de um ambiente de harmonia institucional, seria haver o equilíbrio entre poder de ação e controle. Ocorre que, conforme será exposto a seguir, justamente esse talvez seja o grande desafio para o Brasil, uma vez que, para se chegar ao equilíbrio ideal há necessariamente que se aprimorar a confiança da população nas instituições, principalmente nas instituições políticas, o que certamente não é tarefa fácil nos dias de hoje em razão de um ambiente de total descrença no sistema de representação política.

2.1.4 A corrupção como fator de degradação da confiança nas instituições

Conforme mencionado anteriormente, ainda que fatores culturais não sejam determinantes, eles devem ser levados em consideração na construção do arcabouço

razão, os vencedores de um rigoroso processo seletivo. Sentem-se verdadeiros soldados espartanos da burocracia pública. O que lhes confere uma postura um tanto quanto desconfiada daqueles que, por eleição ou nomeação, exerçam função pública sem passar em concurso público de provas e títulos. Estas burocracias dão pouco valor à política e aos mecanismos de legitimação democrática, tidos como menores face à legitimação pela vitória no concurso público. De outro lado, uma vez tendo atingido o cume da remuneração no serviço público, buscam compensações extraeconômicas, como a visibilidade pública, uma referência religiosa na grande imprensa, o reconhecimento nas redes sociais. Estes fatores produzem uma verdadeira disputa correicional, uma espiral de superação do rigor, onde os controladores buscam parecer mais rigorosos que seus pares. Tudo em busca por protagonismo. Sem muito compromisso com resultado. O que designamos por 'gincana de corrigendas não responsivas'." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 31.)

institucional de combate e controle da corrupção, especialmente sob o aspecto da confiança nas instituições.

SUSAN ROSE-ACKERMAN e BONNIE PALIFKA aduzem que, embora a confiança seja um sentimento individual, a sua presença e a forma como se manifesta dependem do contexto cultural no qual as relações sociais são estabelecidas. De modo a analisar como a questão da confiança interage com os incentivos para a corrupção, as autoras a dividem em três tipos: *confiança generalizada*; *confiança interpessoal* e *confiança institucional*.⁴⁴

A *confiança generalizada* está relacionada a atitudes da sociedade em geral, e não aquelas praticadas por indivíduos, instituições e grupos sociais. Empiricamente, pode ser aferida por meio da concordância ou não com a seguinte assertiva: *em geral, as pessoas são confiáveis*. Baixos níveis de confiança generalizada (ou desconfiança generalizada no caso) tendem a persistir em partes da África nas quais houve uma grande incidência de comércio de escravos no século XIX, enquanto altos índices de confiança generalizada podem ser obtidos em sociedades nas quais há uma baixa percepção da corrupção no plano individual e altos níveis de investimento no controle da corrupção em um plano macro.

As autoras advertem que muitas políticas são adotadas tomando por base a desconfiança generalizada existente em determinada sociedade, quando na verdade deveriam partir da análise das desconfianças no plano interpessoal e institucional, as quais têm o condão de melhor esclarecer os mecanismos de funcionamento com os incentivos à corrupção.

A *confiança interpessoal*, por sua vez, está mais presente em sociedades nas quais há uma menor noção de distinção entre relações formais e pessoais, sendo que laços de família, clã, amizade ou afetividade prevalecem sobre regras formais de conduta. Essas sociedades têm dificuldade em estabelecer burocracias modernas, nas quais os servidores públicos são contratados com base em suas capacidades técnicas e atuam de modo a separar a vida profissional das relações pessoais.

Um ambiente público no qual prevalece a confiança interpessoal leva os cidadãos a terem a expectativa de que laços pessoais com os agentes públicos são necessários para

⁴⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016, pp. 248-254.

que estes cumpram as suas funções, o que culmina em comportamentos como a concessão de presentes, gorjetas, o que muito se assemelha ao pagamento de propinas.

A confiança interpessoal é um grande incentivo para o estabelecimento de acordos corruptos, uma vez que, como a lei não pode ser invocada para dar cumprimento a esses contratos, a confiança mútua entre os agentes é essencial para o estabelecimento e o desenvolvimento de tais relações.

Em sociedades nas quais a confiança generalizada é muito baixa, a confiança interpessoal ganha terreno e favorece patologias como o nepotismo, bem como cria o ambiente para o poder econômico apropriar-se do poder político por práticas clientelísticas.

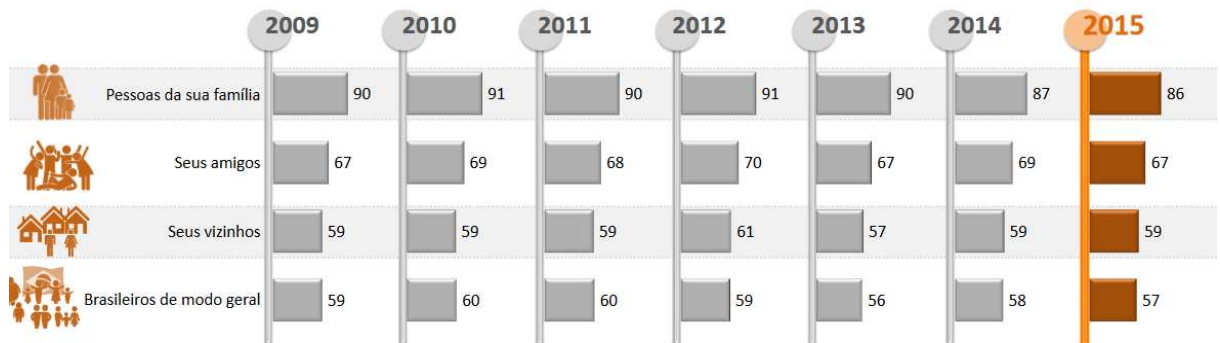
Por fim, tem-se a *confiança institucional*, a qual refere-se à uma expectativa de atuação neutra, competente e imparcial por parte dos indivíduos e das instituições. Em uma sociedade na qual prevalece a confiança institucional, os negócios são realizados de forma eficiente por indivíduos que baseiam suas decisões nas características dos produtos e o seu valor, e não em critérios de identidade do vendedor, mas apenas a sua reputação em relação a negócios realizados previamente.

Um importante instrumento para verificar a aplicabilidade dessa teoria, bem como auxiliar à elaboração de políticas públicas de combate à corrupção, é o Índice de Confiança Social (ICS) do IBOPE, o qual foi realizado pela última vez no ano de 2015.⁴⁵ Referido índice avalia a confiança dos brasileiros nas instituições e nos grupos sociais. A análise é realizada por meio da atribuição de pesos às seguintes possibilidades de respostas: muita confiança (100); alguma confiança (66); quase nenhuma confiança (33) e nenhuma confiança (0).

Os resultados obtidos entre os anos de 2009 a 2015 são os seguintes:

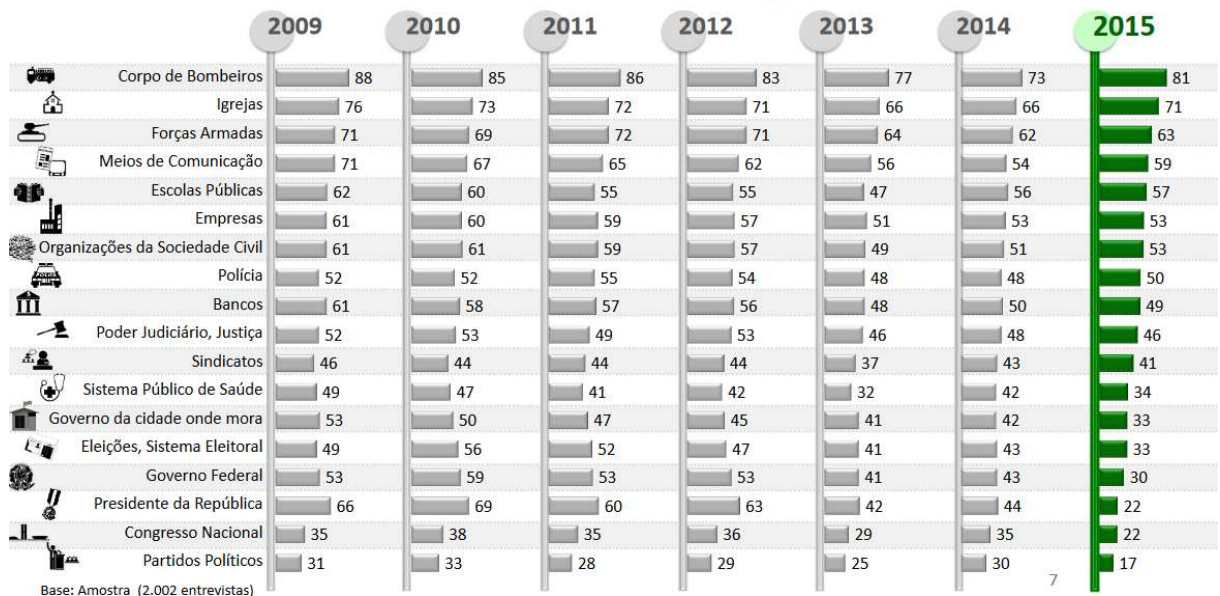
⁴⁵ Disponível em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2017.

Confiança nas pessoas e grupos sociais (0 – 100)



ICS – Instituições

Confiança nas instituições (0 – 100)



O primeiro ponto que se pode perceber facilmente é que no Brasil prevalece a confiança interpessoal, principalmente a referente ao núcleo familiar. A drástica diferença entre a confiança interpessoal e a institucional certamente é um dos grandes desafios ao combate à corrupção no Brasil.

O segundo ponto que se pode observar é a relação entre a exposição de graves casos de corrupção e as consequentes quedas de confiança nas instituições, principalmente as instituições políticas. Nota-se uma importante queda na confiança no ano de 2013, uma vez que estava em destaque na mídia o caso denominado “mensalão” em razão do julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal. Após uma sensível recuperação da

confiança no ano de 2014, há uma drástica queda no ano de 2015, já em razão da exposição dos fatos objeto da Operação Lava Jato, a qual perdura até os dias atuais.

O cenário social e institucional do país é severamente preocupante, estando postas todas as condições para a ocorrência de um ciclo vicioso⁴⁶, uma vez que a desconfiança no governo e nas instituições do Estado é fator que propicia a ocorrência de mais corrupção devido à descrença na eficácia das medidas anticorrupção. Ou seja, vivemos assim um paradoxo, porque quanto mais se combate a corrupção, mais desconfia-se das instituições o que, como visto, é fator fomentador da própria corrupção.

Isso conduz à conclusão de que o combate à corrupção não será efetivo e duradouro apenas com a criação de novos elementos de dissuasão ou com o recrudescimento de leis penais, mas sim com o fortalecimento das instituições do Estado e da sociedade, de modo que haja o efetivo aprimoramento da *confiança institucional*, sem a qual não será possível garantir a eficácia das medidas adotadas.

2.2 PERSPECTIVA ECONÔMICO-POLÍTICA DA CORRUPÇÃO

A construção de um modelo para a compreensão da corrupção no Brasil tem assento em uma concepção sociocultural, a qual, ao atribuir como causa do problema questões de caráter do próprio brasileiro, não contribui para a um entendimento sistêmico do problema, tampouco para a definição dos melhores mecanismos de enfrentamento.

Entretanto, fora do Brasil, mais especificamente nos Estados Unidos da América, a compreensão do problema da corrupção avançou a novos patamares e perspectivas, principalmente sob o enfoque político e econômico, abalizando-se na análise dos processos relacionados à modernização dos Estados e das sociedades bem como, no plano individual, sob o enfoque da incidência de mecanismos de incentivo e de dissuasão a práticas corruptas.

⁴⁶ “Even when the government announces a new crackdown, behavior may not change (much), especially if previous announcements have proven to be hollow. Hence, there is a symbiotic relationship between trust in government and anticorruption efforts. Trust in government impartiality is essential for anticorruption efforts to be effective, because distrust in government contributes to corruption: distrust and corruption can be caught in a vicious circle” (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016, p. 257.)

Essa concepção, no entanto, não foi construída do dia para a noite, mas sim foi alvo de um processo de transformação com a incidência de marcos teóricos que moldaram a agenda de pesquisas sobre o tema da corrupção, os quais serão delineados a seguir.

2.2.1 Fase da teoria da modernização

A primeira grande evolução da agenda de pesquisa sobre o tema da corrupção ocorreu nos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial, podendo ser denominada de teoria da modernização. Referida teoria parte de uma perspectiva evolucionista da sociedade, analisando a dicotomia entre a tradição e modernidade, bem como os processos sociais, econômicos e políticos envolvidos na transição para o mundo desenvolvido.⁴⁷

Em relação à teoria da modernização, sempre são feitas referências como sendo aquela na qual é mencionado que a corrupção teria um efeito benéfico ao progresso político e econômico dos países em desenvolvimento, uma vez que contribuiria para a formação do capital privado, superação das barreiras burocráticas e integração das elites políticas de forma a conformar a capacidade governamental.⁴⁸ Ou seja, é comumente lembrado que a teoria da modernização prega que a corrupção poderia servir como graxa para fazer as engrenagens funcionarem melhor em um país em desenvolvimento.

Ocorre que há normalmente uma confusão sobre esse ponto, uma vez que ninguém, obviamente, defende a corrupção como mecanismo de desenvolvimento dos países, mas sim que ela é um fenômeno natural do processo de desenvolvimento. O fato de haver essa confusão, certamente em razão da atual compreensão sobre os males causados pela corrupção, faz com que muitos autores não aprofundem a análise dos estudos que moldaram a referida teoria da modernização, os quais, além de relacionarem a corrupção à evolução dos processos sociais, políticos e econômicos, também apontam para os riscos que um

⁴⁷ FILGUEIRAS, Fernando. *Marcos teóricos da corrupção*. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). **Corrupção – Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 354-355.

⁴⁸ NYE, Joseph. *Corruption and Political Development: a cost-benefit analysis*. In **American Political Science Review**. Los Angeles, v.61, n.4, 1967, pp. 417-427.

discurso fanático anticorrupção pode trazer como consequência a esses processos de transformação.

Talvez o autor mais emblemático dessa agenda de pesquisa sobre a corrupção seja SAMUEL HUNTINGTON⁴⁹, o qual relacionou o fenômeno com os processos de modernização dos países em sua obra “*Political order in changing societies*”.

Inicialmente, HUNTINGTON define a corrupção como sendo um comportamento, dos agentes públicos, contrário às normas aceitas e com objetivo de servir a finalidades privadas.⁵⁰

Após definir o conceito de corrupção para o seu pensamento, o autor realiza seu estudo a partir de uma hipótese: a de que momentos de rápida modernização econômica e social geram mais corrupção por parte dos agentes públicos. Nesse sentido, inicia a sua análise a partir dos seguintes questionamentos: seria mera coincidência o ponto alto da corrupção nas vidas públicas inglesa e norte-americana ter coincidido com o impacto da revolução industrial, com o desenvolvimento de novas formas de riqueza e poder, e com o surgimento de novas classes sociais deduzindo novas demandas aos governos? Ou, por que a modernização faz florescer a corrupção em um governo? ⁵¹

A partir das questões, HUNTINGTON estabelece três conexões entre os processos de modernização dos Estados e o tema da corrupção:

Primeiro, os processos de modernização envolvem mudanças em valores basilares da sociedade. Esses valores normalmente são absorvidos primeiro por estudantes, oficiais militares e outras pessoas que tenham contato com esses novos valores além das fronteiras do país de origem. Após a absorção desses novos valores, as pessoas integrantes desses grupos expostos aos valores alienígenas passam a julgar a sua própria sociedade com base nesses novos valores. Comportamentos antes considerados socialmente aceitáveis passam a ser questionados e considerados corruptos quando vistos por “olhos modernizados”. Há

⁴⁹ SAMUEL HUNTINGTON foi um economista e cientista político, professor da Universidade de Harvard. Tornou-se mundialmente conhecido por sua obra “O choque das civilizações”, publicada em 1996, na qual defendeu a tese de que os conflitos entre as nações, após o término da guerra-fria, dar-se-iam por motivos culturais. A sua teoria ganhou força após o atentado de 11 de setembro de 2001.

⁵⁰ HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 59.

⁵¹ HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 59.

assim um conflito entre a tradição e o moderno, o que abre oportunidade para indivíduos agirem sem respaldo em nenhum dos dois grupos de valores.⁵²

Segundo, a modernização contribui para a corrupção por criar novas fontes de riqueza e poder, cujas relações com a política são indefinidas nas normas tradicionais e dominantes da sociedade, a qual ainda não absorveu valores modernos para lidar com essas novas relações. Ou seja, nesse caso, a corrupção é um produto direto do surgimento de novos grupos com novos recursos e dos seus esforços para ingressarem na esfera política. A corrupção, assim, pode ser o meio de assimilação desses novos grupos no sistema político.⁵³

Terceiro, a modernização incentiva a corrupção pelas mudanças produzidas por meio do sistema político. A modernização envolve a expansão da autoridade governamental e a multiplicação de atividades sujeitas à regulação estatal. Todas as novas leis colocam algum grupo da sociedade em desvantagem e, conseqüentemente, esse grupo torna-se uma potencial fonte de corrupção. A multiplicação de leis, assim, multiplica as possibilidades de corrupção. A extensão do risco à corrupção, nesse caso, depende em grande parte da extensão do apoio popular que a lei criada tenha, da facilidade com a qual a lei poderá ser violada sem detenção dos infratores e dos benefícios que podem ser auferidos com a sua violação.⁵⁴

Após estabelecer os três pontos de conexão entre os processos de modernização dos Estados e a corrupção, HUNTINGTON analisa como os novos valores modernos são incorporados no âmbito dessas sociedades, o que frequentemente pode ocorrer de forma

⁵² “Corruption requires some recognition of the difference between public role and private interest. If the culture of the Society does not distinguish between the king’s role as a private person and the king’s role as a king, it is impossible to accuse the king of corruption in the use of public monies” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 60.)

⁵³ “The new millionaires buy themselves seats in the Senate or the House of Lords and thereby become participants in the political system rather than alienated opponents of it, which might have been the case if this opportunity to corrupt the system were denied them. So also recently enfranchised masses or recently arrived immigrants use their new power of the ballot to buy themselves Jobs and favors from the local political machine. There is thus the corruption of the poor and the corruption of the rich. The one trades political power for Money, the other Money for political power. But in both cases something public (a vote or an office decision) is sold for private gain” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven, Yale University Press, 1968, p. 61.)

⁵⁴ “Laws affecting trade, customs, taxes plus those regulating popular and profitable activities such as gambling, prostitution, and liquor, consequently become major incentives to corruption. Hence in a Society where corruption is widespread the passage of strict laws against corruption serves only to multiply the opportunities for corruption.” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 62.)

extrema. Nesse sentido, os ideais de honestidade, probidade, universalismo e mérito frequentemente tornam-se tão extremos nessas sociedades que indivíduos e grupos sociais passam a condenar como corruptas práticas que são aceitas como normais e legítimas⁵⁵ nas sociedades modernas. Essa “puritanização” adotada por alguns grupos submetidos a esses novos valores tende a negar e rejeitar os mecanismos de ação política (como barganha e compromisso), bem como a promover a identificação da política com a corrupção.⁵⁶ Paradoxalmente, essa mentalidade fanática anticorrupção teria efeitos similares ao da própria corrupção, uma vez que ambas desafiam a autonomia da política: a corrupção substituindo o interesse público pelo privado, e o puritanismo anticorrupção alterando valores políticos por valores meramente técnicos.⁵⁷

Por fim⁵⁸, HUNTINGTON dispõe que, para reduzir a corrupção em sociedades em desenvolvimento, geralmente é necessário reduzir o grau de coercibilidade das normas de forma a se adequarem ao comportamento dos agentes públicos, bem como promover mudanças no comportamento geral desses agentes em direção a essas normas, de forma que haja uma maior congruência entre as normas predominantes com os comportamentos predominantes. O autor menciona que tanto os Estados Unidos da América quanto a Inglaterra passaram por esse processo, sendo que o ponto chave para que uma sociedade

⁵⁵ Como exemplo, já sob os efeitos da Operação Lava Jato, tem-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2015, por meio da qual julgou parcialmente procedente a ADIN nº. 4.650, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de considerar inconstitucional a doação a partidos políticos realizada por pessoas jurídicas, o que é considerado legal e legítimo na maioria dos países desenvolvidos.

⁵⁶ “The initial adherence to modern values by a group in a transitional country often takes an extreme form. The ideals of honesty, probity, universalism, and merit often become so overriding that individuals and groups come to condemn as corrupt in their own Society practices which are accepted as normal and even legitimate in more modern societies. The initial exposure to modernism tends to give rise to unreasonable puritanical standards even as it did among the Puritans themselves. This escalation in values leads to a denial and rejection of the bargaining and compromise essential to politics and promotes the identification of politics with corruption.” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 62.)

⁵⁷ “Paradoxically, this fanatical anticorruption mentality has ultimate effects similar to those of corruption itself. Both challenge the autonomy of politics: one substituting private goals for public ones and other replacing political values with technical ones.” (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 63.)

⁵⁸ O autor ainda prossegue em seu estudo com algumas considerações sobre a corrupção, sendo que, em determinada passagem, realiza a comparação entre a corrupção e a violência. Para ele, ambos os fenômenos são causados pelos processos de modernização, uma vez que: ambos são sintomas de fragilidade das instituições políticas; ambos são meios pelos quais indivíduos e grupos se relacionam com o sistema político. Assim, uma sociedade com uma grande capacidade para corrupção, também terá grande capacidade para a violência. (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 63)

possa atravessar o processo de modernização e chegar à modernidade é saber realizar a devida discriminação de quais comportamentos devem ou não ser considerados como corruptos.⁵⁹

Pode-se concluir, do pensamento de HUNTINGTON, que o fenômeno da corrupção faz parte do processo de modernização, fenômeno esse que tende a se diluir conforme ocorrer a absorção dos valores modernos no âmbito da sociedade em desenvolvimento. O ponto chave, assim, é saber como realizar a dosagem entre a manutenção da autonomia da política (e conseqüentemente do próprio processo de modernização) e a normatização de condutas consideradas corruptas.

Estressando o raciocínio, pode-se também concluir que, para não haver uma interrupção no processo de modernização, deve-se ter a consciência de que sempre existirão *trade-offs* entre o enfrentamento da corrupção e a manutenção do processo de modernização, sendo certo que essa é uma hipótese que o discurso fanático anticorrupção não tolera, o que acaba gerando problemas secundários, como a própria criminalização da atividade política e a ineficiência da máquina administrativa do Estado.

2.2.2 Da teoria da escolha racional à fase neoinstitucional

Conforme exposto na seção anterior, a primeira evolução da agenda de pesquisas sobre a corrupção focou em sua relação com os processos de transformação sociais e econômicos, especialmente em países em desenvolvimento. De fato, a teoria da

⁵⁹ “Reducing corruption in a society thus often involves both a scaling down of the norms thought appropriate for the behavior of public officials and at the same time changes in the general behavior of public officials in the direction of those norms. The result is a great congruence between prevalent norms and prevalent behavior at the price of some inconsistency in both. Some behavior comes to be accepted as a normal part of the process of politics, as “honest” rather than “disonest graft”, while other, similar behavior comes to be generally condemned and generally avoided. Both England and the United States went through this process: at one point the former accepted the sale of peerages but not of ambassadorships, while the latter accepted the sale of ambassadorships but not of judgeships. “The result in the U.S.A.,” as one observer has noted, “is a patchwork: the scope of political patronage has been greatly reduced and the cash bribery of higher public servants largely eliminated. At the same time, large areas of public life have so far remained more or less immune to reform, and practices that in one sphere would be regarded as corrupt are almost taken for granted in another.” The development within a society of the ability to make this discrimination is a sign of its movement from modernization to modernity. (HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 63)

modernização adotava a modernidade capitalista, sendo que o modo de combater a corrupção seria a adoção da visão de mundo e de modelos de instituições dos países desenvolvidos.⁶⁰

Ocorre que, com o passar do tempo e o desenvolvimento da agenda de pesquisas sobre a temática da corrupção, a análise deixou de ser meramente sobre o conflito entre a tradição e a modernidade, ocorrida principalmente em países em desenvolvimento, mas sim passou a focar na figura do agente corrupto/corruptor.

O ponto de referência para a inclusão desse novo elemento de análise da corrupção foi o artigo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”⁶¹, de GARY STANLEY BECKER⁶², publicado no ano de 1968, por meio do qual o autor desenvolveu o marco teórico para a teoria econômica do crime, consistente na aproximação da teoria da escolha racional⁶³ à criminologia.

BECKER propõe-se a responder a seguinte questão em seu estudo: quantos recursos e quanta punição devem ser adotados para executar diferentes tipos de legislações penais?

⁶⁰ FILGUEIRAS, Fernando. *Marcos teóricos da corrupção*. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). **Corrupção – Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 356.

⁶¹ BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, março/abril de 1968, pp. 169-217. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

⁶² GARY S. BECKER foi um economista norte-americano, professor de economia e sociologia da Universidade de Chicago e discípulo de MILTON FRIEDMAN. Em 1992 ganhou o prêmio Nobel de Economia por seus trabalhos que relacionaram o estudo da microeconomia com os comportamentos humanos.

⁶³ “A teoria da escolha racional consiste em um conjunto de abordagens para o estudo sistemático das instituições, da escolha institucional e da durabilidade das instituições. As raízes dessas abordagens estão na teoria econômica da empresa, na história econômica e na teoria política positiva. Para os teóricos desta corrente, o que distingue esta perspectiva das demais é o estudo dos microfundamentos da análise institucional – como regras do processo decisório, mapeamento dos atores, voto, etc. -, por meio das interações estratégicas entre os agentes, cada qual com as suas preferências definidas, dentro de um determinado contexto. A perspectiva de maximização das preferências individuais abrange todas as questões sociais e políticas, desde os efeitos das grandes instituições políticas – como legislaturas, cortes, eleições, burocracias – a fenômenos como corrupção, produção e troca, revolução, ou nos estudos da criminalidade.

A teoria da escolha racional influenciou os trabalhos de Ciência Política, principalmente os estudos norte-americanos a partir do referencial da Economia, nos trabalhos de Anthony Downs (1999), Kenneth Arrow (1951), Gordon Tullock & James Buchanan (1962), George Stigler (1975) e Mancur Olson (1999). Ainda que existam diferenças substanciais entre esses autores, eles adotaram uma perspectiva materialista da escolha racional, na qual os agentes sociais visam à maximização de seu interesse individual, definido em termos de cálculo de custos e benefícios, e que pode se manifestar nos ganhos proporcionados pelo voto, pela riqueza, pelas oportunidades no mercado de trabalho e por outras dimensões da vida social, mais ou menos mensuráveis em quantidade e sujeitas a constrangimentos dos recursos materiais” (CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo*. In **R.SJRJ**, n. 22. Rio de Janeiro, 2008, pp. 93-94. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/escolha.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2017.)

Tal questão é objeto do estudo de Becker uma vez que a sua principal preocupação está na otimização da alocação de recursos da sociedade para o combate ao crime e, para tanto, o autor realiza uma análise econômica do prejuízo social causado pelos criminosos de modo que os recursos e as penas possam ser direcionados àqueles crimes que causem maior dano à sociedade. O autor utiliza o método de formular a medida da perda da sociedade em razão de certos crimes para, assim, encontrar a medida de punição que minimize essa perda.⁶⁴

Certamente não há espaço para aprofundar o extenso estudo realizado por BECKER em relação aos modelos para melhor alocação de recursos na aplicação de sanções conforme os danos causados à sociedade⁶⁵. Dessa forma, concentraremos a atenção nas conclusões alcançadas pelo autor em relação ao indivíduo e as variáveis incidentes sobre a sua decisão de ingressar ou não à prática criminosa.

A premissa utilizada por BECKER em sua teoria é que a decisão de um indivíduo racional em cometer ou não um crime resulta da maximização da utilidade esperada, na qual o indivíduo calcula os futuros ganhos da ação criminosa, o valor da punição e as possibilidades de detenção e aprisionamento; e, por outro lado, o custo de oportunidade de cometer um crime. Assim, a razão de um indivíduo ingressar ou não em uma prática criminosa consiste na análise da relação de custos e benefícios que cada um possui. Ou seja, o que diferencia um criminoso de um não criminoso não são aspectos relacionados a motivações diversas, mas sim a diferentes relações de custo-benefício.⁶⁶

⁶⁴ “The method used formulates a measure of the social loss from offenses and finds those expenditures of resources and punishments that minimize this loss. The general criterion of social loss is shown to incorporate as special cases, valid under special assumptions, the criteria of vengeance, deterrence, compensation, and rehabilitation that historically have figured so prominently in practice and criminological literature.” (BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, março/abril de 1968, p. 2. Disponível em: < <http://www.nber.org/chapters/c3625>>. Acesso em 20 de junho de 2017.)

⁶⁵ Resumidamente, Becker defende a otimização das sanções por meio da aplicação de multas aos infratores como uma forma eficiente de alocação de recursos do Estado, sendo que o valor da multa imposta deve se igualar ao benefício privado obtido e ao prejuízo marginal causado à sociedade. Ocorre que, em certos casos, o prejuízo externo da atividade criminosa é maior que o benefício privado do criminoso, como ocorre nas hipóteses de crimes violentos (homicídio, estupro, dentre outros), nos quais as vítimas não podem ser recompensadas pelos ofensores. Nessas hipóteses, deve-se impor a sanção de multa, pena de prisão e outras punições de modo a intimidar os ofensores. A pena de prisão, assim, não pode ser abolida, mas apenas deve ser feito o bom uso dela, considerando os custos à sociedade para a condenação e manutenção dos criminosos presos, devendo, no entanto, existir a expectativa de condenação e punição dos infratores como mecanismo de dissuasão de práticas delituosas e garantia de manutenção do bem-estar social.

⁶⁶ “Theories about the determinants of the number of offenses differ greatly, from emphasis on skull types and biological inheritance to family upbringing and disenchantment with society. Practically all the diverse theories agree, however, that when other variables are held constant, an increase in a person's probability of conviction or punishment if convicted would generally decrease, perhaps substantially, perhaps negligibly, the number of

ARAÚJO JR.⁶⁷ realiza uma compilação simplificada do modelo de BECKER por meio da seguinte equação:

$$NB_i = l_i - c_i - w_i - (pr * pu)$$

onde:

NB_i = benefício líquido do indivíduo i
 l_i = valor monetário do ganho com o crime (*loot*)
 c_i = custo de planejamento e execução do crime
 w_i = custo de oportunidade (renda de atividades legais)
 pr = probabilidade de captura e condenação
 pu = valor monetário do castigo

Dentre as variáveis que estão inseridas no custo de oportunidade (w_i), estão aquelas que incentivam o indivíduo à busca pelo exercício de atividades lícitas no mercado de trabalho, como a renda, salário, educação, etc., consideradas assim como positivas. Em relação às variáveis que funcionam como mecanismo de dissuasão (*deterrence*) à prática criminosa ($pr*pu$), podem ser relacionadas o nível de eficiência do aparato da justiça criminal, bem como a severidade das punições.⁶⁸

offenses he commits. In addition, a common generalization by persons with judicial experience is that a change in the probability has a greater effect on the number of offenses than a change in the punishment, although, as far as I can tell, none of the prominent theories shed any light on this relation.

The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals," therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ. I cannot pause to discuss the many general implications of this approach, except to remark that criminal behavior becomes part of a much more general theory and does not require ad hoc concepts of differential association, anomie, and the like, nor does it assume perfect knowledge, lightning-fast calculation, or any of the other caricatures of economic theory. This approach implies that there is a function relating the number of offenses by any person to his probability of conviction, to his punishment if convicted, and to other variables, such as the income available to him in legal and other illegal activities, the frequency of nuisance arrests, and his willingness to commit an illegal act." (BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, março/abril de 1968, p. 9. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625>>. Acesso em 20 de junho de 2017.)

⁶⁷ ARAUJO JR., Ari Francisco de. *Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando micro dados e pseudopainel - 1981/1996*. In **Revista de Economia e Administração**, v. 1, n. 3, p. 1-34, 2002. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/25578/raizes-economicas-da-criminalidade-violenta-no-brasil--um-estudo-usando-micro-dados-e-pseudopainel---1981-1996/i/pt-br>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

⁶⁸ CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo*. In **R.SJRJ**, n. 22. Rio de Janeiro, 2008, p. 93-94. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/escolha.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

O modelo utilizado por BECKER iniciou um marco teórico na análise econômica do crime, uma vez que aproximou as ciências econômicas da criminologia, a qual anteriormente estava afeita a teorias biológicas e sociológicas como fundamentos para a explicação do comportamento criminoso.

É certo que, como sendo o primeiro estudo que embasou uma nova teoria, BECKER não aprofundou a análise das variáveis incidentes sobre os indivíduos em suas decisões de ingressar ou não em uma prática criminosa, uma vez que partiu da premissa de que os indivíduos são perfeitamente racionais, sendo que o único critério para a tomada de decisão é a análise de relação de custo-benefício. Nesse sentido, o próprio autor cita a necessidade de um aprofundamento sobre as variáveis incidentes sobre os processos decisórios dos indivíduos.

De fato, os estudos posteriores realizados com base na teoria econômica do crime tiveram por escopo testar o modelo proposto por BECKER, com a aplicação de diversas variáveis, não apenas de cunho econômico, mas também sociais e antropológicas.

Embora haja uma dificuldade de compreensão de certos crimes por meio da teoria econômica, como os crimes passionais, a figura do indivíduo racional foi muito bem capturada em relação aos estudos atinentes ao tema da corrupção.

O gatilho para o início da aproximação da teoria da escolha racional em relação aos estudos sobre a corrupção foi o caso Watergate⁶⁹, uma vez que os norte-americanos começaram a repensar a análise da corrupção não apenas a partir da associação a processos de modernização de países subdesenvolvidos, mas também em relação aos aspectos dos indivíduos e suas escolhas, bem como os elementos de indução e dissuasão a práticas corruptas. Ou seja, um importante caso entendido como corrupção em seu próprio quintal fez com que os estudos sobre o tema tomassem um novo rumo.

⁶⁹ O caso Watergate iniciou-se com a publicação de uma matéria pelo jornal “The Washington Post”, em 18 de junho de 1972, noticiando uma tentativa de espionagem na sede do Partido Democrata, localizada no complexo Watergate, durante a campanha presidencial daquele ano, na qual concorria o candidato à reeleição pelo Partido Republicano, Richard Nixon, e o candidato pelo Partido Democrata, George McGovern. Com o transcorrer das investigações descobriu-se que o então presidente reeleito, Richard Nixon, tinha conhecimento das operações ilegais adotadas contra a oposição. Em 09 de agosto de 1974, Nixon renunciou à presidência após a abertura de um processo de impeachment.

Dentre os estudos realizados, ganharam destaque as análises elaboradas por economistas e cientistas políticos⁷⁰ que se utilizaram da teoria da escolha racional, mas também expandiram o estudo das variáveis incidentes sobre os indivíduos, como os custos morais⁷¹ de suas decisões, além da influência de fatores políticos e institucionais sobre o fenômeno da corrupção.

Sobre os fatores políticos e institucionais que serviriam como incentivo à corrupção, deve-se ter cuidado com os estudos realizados até o final da década de 80 do século passado. Isso porque, em razão da dicotomia existente entre modelos de sistemas econômicos de Estado e, principalmente, devido à agenda de estudos sobre a corrupção ter se concentrado à época basicamente nos Estados Unidos da América, o tema da corrupção muitas vezes era utilizado como meio de defesa dos ideais capitalistas, logo, praticamente a totalidade dos estudos daquela época pregam modelos de Estados liberais como forma de evitar a corrupção, condenando, assim, o excessivo intervencionismo estatal no domínio econômico e social, típico do modelo socialista.

Entretanto, com a publicação do primeiro Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional⁷², em 1995, ou seja, após a queda do muro de Berlim, foi constatado o fenômeno denominado “paradoxo escandinavo”⁷³, uma vez que os países escandinavos, que possuem altos índices de intervenção no domínio econômico e social, figuraram como aqueles nos quais há menores índices de percepção da corrupção. Nesse

⁷⁰ Destacam-se: ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 1978 e KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

⁷¹ A variação substancial nos níveis de corrupção que podem ser observados entre países com semelhantes sistemas legais e instituições, ou seja, cujos ambientes impõem equivalentes incentivos e oportunidades para a corrupção, poderia ser explicada pelas diferenças em tamanho (e distribuição) dos custos morais, uma vez que as pessoas em determinada sociedade estão sob as mesmas instituições, mas podem ter diferentes valores. (ELSTER, Jon. *The Cement of Society. A Study of Social Order*. Cambridge: Cambridge, 1989, p. 39)

⁷² O referido Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional será objeto de análise crítica na seção 2.4.

⁷³ “Since 1995, when it was first elaborated by Transparency International, the ranking of corruption perceptions has highlighted the apparent “Scandinavian paradox”. In Northern European countries, the highest degrees of transparency are associated with the most elevated levels of public intervention, which according to the orthodox (and naive) economic perspectives should provide stronger incentives for corruption: when public agents manage the allocation of greater amounts of resources, the widespread recourse to bribery should be induced by the opportunity to covertly bargain their destination with corruptors. If this is not the case, other variables have to be taken into consideration, which should presumably reflect the “moral character” of both the potential bribers and the bribee, that is, the robustness of their interiorized moral barriers and social criteria of recognition of the value of law-obeying behavior” (PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institutional approach*. New York: Routledge, 2016, pp. 11-12.)

sentido, o resultado, de certa forma, contrariou as perspectivas econômicas sobre a corrupção, uma vez que era corrente o entendimento liberal de que a intervenção do Estado no domínio econômico e social produziria grandes incentivos para a corrupção, devido à possibilidade dos agentes públicos se corromperem na alocação de grandes quantias de recursos públicos.

De fato, o “paradoxo escandinavo” provocou um novo encaminhamento para a agenda de pesquisas sobre o tema corrupção, a qual também passou a se concentrar sobre as relações estabelecidas entre agentes corruptos e corruptores, e não mais apenas sobre aspectos macro causadores da corrupção, como questões políticas e de ordem econômica.

O primeiro caminho derivado nessa nova agenda de pesquisas pode-se denominar de corrente neoinstitucional⁷⁴ de estudo sobre a corrupção, a qual adota a própria corrupção como uma instituição, de forma a analisar as micro relações estabelecidas entre os agentes envolvidos em relações corruptas (*corrupt exchanges*), sem desconsiderar os aspectos morais inseridos nessas transações. Para essa corrente, a corrupção assume a forma de um contrato oculto celebrado entre o agente corrupto e o corruptor. Em razão desse contrato ser oculto e ilícito, não podendo as partes se valerem das vias legais para garantir o cumprimento das obrigações, são criados mecanismos paralelos aos estatais para garantir a efetividade do pactuado. Tais mecanismos e as relações estabelecidas entre os agentes são o foco de análise da corrente neoinstitucional, a qual evita buscar as causas da corrupção no plano macro, concentrando o objeto do seu estudo nas relações estabelecidas entre agentes corruptos e corruptores de modo a identificar padrões e mecanismos que possibilitam ações oportunistas por parte dos agentes.

A segunda corrente, por fim, adentra em uma análise mais apurada sobre a moral e o comportamento dos indivíduos, por meio de estudos de comportamento social, conforme será melhor descrita na seção a seguir.

2.3 PERSPECTIVA PSICOSSOCIAL DA CORRUPÇÃO

⁷⁴ Esse método de estudo da corrupção é adotado por JOHANN GRAF LAMBSDORFF, DONATELLA DELLA PORTA, ALBERTO VANNUCCI, dentre outros.

O último plano de análise da corrupção, o de ordem moral, vem sendo estudado com mais atenção, especialmente por meio de testes empíricos realizados de modo a demonstrar que o ambiente social e as características pessoais do indivíduo podem ser fatores contributivos para o aumento da corrupção no âmbito de uma sociedade.

Como uma pessoa de boa índole pode tornar-se corrupta no âmbito de determinada instituição afetada pela corrupção? Ou, existem características pessoais que influenciam à ocorrência da corrupção? Tais questões são objeto de estudo pela perspectiva de análise psicossocial da corrupção, a qual traz elementos importantes para entender as causas e efeitos em casos de corrupção sistêmica que permeia uma organização ou instituição, bem como se determinadas características individuais são estímulos ao ingresso às relações corruptas.

Em estudo⁷⁵ empírico realizado no ano de 2013 na Índia por REMA HANNA e SHING-YI WANG, pesquisadores da Universidade de Harvard, foram constatadas relações entre desonestidade e propensão ao exercício de cargos no setor público. De forma sucinta, o estudo foi executado utilizando-se da seguinte metodologia:

Em uma primeira fase do experimento, estudantes do ensino médio foram submetidos a um “jogo” no qual, de forma privativa, lançaram um dado por 42 vezes, anotando os resultados a cada rodada. Os estudantes receberiam uma remuneração em dinheiro proporcional ao total da soma dos resultados obtidos com o lançamento dos dados, ou seja, foram submetidos a um incentivo para trapacear (bastava anotar maiores resultados para receberem maior remuneração). Embora os pesquisadores não pudessem observar diretamente o lançamento dos dados, era possível detectar a trapaça por meio de uma análise de probabilidades.

Após o jogo de dados, os pesquisadores realizaram uma bateria de questões aos estudantes, em especial, sobre as ambições profissionais para o futuro. Como resultado, a maioria dos estudantes que trapaceou no jogo de dados apresentou expressamente uma preferência para exercer um cargo no serviço público indiano.⁷⁶

⁷⁵ HANNA, Rema; WANG, Shing-Yi. *Dishonesty and selection into public service*. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w19649>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

⁷⁶ “Overall, we find that dishonest individuals as measured by the dice task—prefer to enter government service. The fact that the dice task also predicts corrupt behaviors by government workers once one is entrenched within the bureaucracy implies that dishonesty is a meaningful margin of selection. These relationships do not appear to be dependent upon ability. These findings are important because they highlight

Na segunda fase do experimento, o mesmo “jogo” foi jogado por enfermeiras do serviço público indiano, bem como foi conduzida uma verificação nas clínicas de saúde pública de modo a averiguar quais as enfermeiras que registravam o ponto (presença) mas não estavam presentes no local de trabalho. O resultado obtido foi que a maioria das enfermeiras que trapaceou no jogo de dados também registrou o ponto e não compareceu ao local de trabalho.

Ainda que os resultados obtidos por meio do referido experimento devam ser analisados com cautela, demonstram ser de grande relevância para as políticas anticorrupção a adoção de processos de seleção que não tenham por único objetivo a verificação de habilidades dos candidatos, mas também a análise de aspectos éticos e morais, especialmente para o exercício de cargos nos quais incidam grandes incentivos a práticas corruptas.

Mas bastaria a seleção de pessoas íntegras para garantir um serviço público livre de corrupção, ou as pessoas, ainda que honestas, poderiam ser influenciadas em razão de um ambiente no qual a corrupção seja a regra do jogo⁷⁷?

De fato, estudos⁷⁸ baseados em psicologia social demonstram que o meio pode moldar os comportamentos mesmo dos mais íntegros, não sendo suficiente apenas uma boa

that the variation in the levels of observed corruption may, in part, be driven by who selects into government service. While we do not find that choosing the highest ability applicants would also screen in those who are more corrupt, a policy implication of this work is that the recruitment process might be improved by increasing the emphasis on characteristics other than ability, as long as the measures are not too explicit to be gamed.” (HANNA, Rema; WANG, Shing-Yi. *Dishonesty and selection into public service*. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w19649>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.)

⁷⁷ “Havia uma regra do jogo. Se você não pagasse propina à área de Engenharia e de Abastecimento, o senhor não teria sucesso ou não obteria seus contratos na Petrobras. (...) Chegou um determinado momento em que essa conversa (pedidos de propina) não era mais necessária, era regra do jogo. Era uma confirmação daquilo que já existia. Pagava-se pela vontade de se obter sucesso”. (BRASIL. Ação Penal nº 508325829.2014.4.04.7000/PR. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Transcrição de trechos do depoimento prestado em 02 de fevereiro de 2015 por Júlio Gerin de Almeida Camargo). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=dlieT_7KTrg>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

⁷⁸ O estudo mais conhecido em psicologia social referente a como o meio pode moldar as ações dos indivíduos, de modo a levar pessoas comuns à prática de atos criminosos e incompatíveis com suas morais, é o Experimento de Milgram. Por meio de experimentos consistentes na análise de obediência a uma autoridade, STANLEY MILGRAM, pesquisador da Universidade de Yale, chegou à conclusão de que pessoas comuns podem tornar-se agentes de processos destrutivos, sendo que, inclusive, afirmou que o holocausto poderia ter acontecido em qualquer lugar do mundo, não apenas na Alemanha. MILGRAM realizou o seu experimento de forma que dois voluntários recebiam instruções, um deles na posição de professor e o outro na de aprendiz e, posteriormente, eram colocados em salas separadas, ligadas apenas por comunicação de áudio. O professor deveria fazer questões ao aprendiz que, caso errasse, levaria choques elétricos aplicados pelo professor, sendo que a voltagem deveria subir gradualmente. Ocorre que o aprendiz não era voluntário, mas sim um ator, sendo que a única pessoa objeto do estudo era o professor. No decorrer dos testes, o aprendiz manifestava o seu incômodo com os choques e pedia para sair da sala, sendo que havia junto ao professor a figura de um cientista que determinava ao professor que ele continuasse, uma vez que ele não tinha a opção de parar com o experimento. Poucas

seleção de candidatos ao serviço público, mas também é necessário realizar a depuração de organizações nas quais a corrupção ocorra de forma sistêmica, a fim de encerrar o ciclo vicioso de cooptação de pessoas a esquemas ilícito no âmbito da Administração Pública.

2.4 PERCEPÇÕES DA CORRUPÇÃO – A FRAGILIDADE DOS ESTUDOS EMPÍRICOS SOBRE O TEMA

Conforme restou demonstrado nas seções anteriores, a multiplicidade semântica do termo corrupção acompanha as suas diversas perspectivas de análise, o que dificulta, inclusive, a realização de estudos empíricos de modo a comprovar as hipóteses levantadas.

Em razão disso, na década de 90 do século passado, começaram os esforços por parte de organizações internacionais a fim de buscar um método de aferição da corrupção, com a finalidade de se criar um instrumento útil para a definição de políticas anticorrupção e, principalmente, um índice para servir de referência aos estudos empíricos realizados sobre o tema.

Diante das características peculiares que envolvem os atos ilícitos relacionados à corrupção, como a clandestinidade na execução e a ausência de conhecimento da lesão sofrida por parte da vítima, é natural a dificuldade em se obter dados para quantificar a ocorrência de tais atos em determinado tempo e lugar a fim de se estabelecer um mecanismo de análise estatística. Assim, foram desenvolvidos os chamados “índices de percepção” da corrupção, os quais não se baseiam em dados concretos referentes à real ocorrência de ilícitos relacionados à corrupção, mas sim na percepção (subjéctiva) que um grupo de pessoas entrevistadas têm a respeito do problema sobre as instituições de determinados países, seja em razão do que é divulgado na imprensa ou por experiência prática.

Certamente o índice mais conhecido⁷⁹ é o “Índice de Percepção da Corrupção” da Transparência Internacional, o qual, conforme mencionado em seção anterior, teve sua

peçoas recusaram-se a parar com os choques elétricos, mesmo após os diversos pedidos realizados pelo aprendiz. Para mais detalhes, ver MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: an experimental view*. New York: Harper & Row, 1974.

⁷⁹ Deve ser destacada a existência de outros índices como, por exemplo, o Índice de Percepção da Corrupção do Banco Mundial.

primeira divulgação no ano de 1995. Além de trazer elementos estatísticos que contrariaram algumas posições até então preponderantes⁸⁰ como causas da corrupção, o referido índice passou a ser base para a realização de diversos estudos empíricos, os quais, por suas vezes, passaram a estabelecer novas causas do problema.

Ocorre que praticamente todos os estudos empíricos utilizam-se dos referidos índices de percepção da corrupção como um instrumento para embasar a análise dos dados obtidos nas pesquisas e, justamente por isso, podem trazer resultados que não se adequam à realidade.

CLÁUDIO WEBER ABRAMO⁸¹ aduz diversas objeções aos índices de percepção da corrupção, sendo as mais importantes descritas a seguir:

A primeira refere-se ao fato de que não há garantia de que as opiniões colhidas para a elaboração do índice sejam independentes entre si, sendo mais provável que não o sejam. Nesse sentido, uma pessoa entrevistada para comparar os níveis de integridade entre Brasil e Chile (conforme exemplo dado pelo autor), pode não ter tido nenhuma experiência com esses dois países, mas simplesmente repete o que ouviu de terceiros. Tal situação leva ainda ao risco de utilização do índice para expressar inclinações ideológicas, como exemplo, o fato do Chile ter ascendido no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional após a adoção de uma política comercial alinhada com os EUA.

A segunda e principal objeção consiste no falso resultado que os índices de percepção da corrupção transmitem. Isso porque a opinião das pessoas é fortemente influenciada pelo noticiário. Assim, quanto mais os veículos de comunicação divulgam casos de corrupção, mais as pessoas tendem a acreditar que a corrupção está aumentando em determinada sociedade, quando, ao contrário, o aumento do número de notícias divulgadas pode significar um aprimoramento dos mecanismos de detecção e repressão da corrupção.

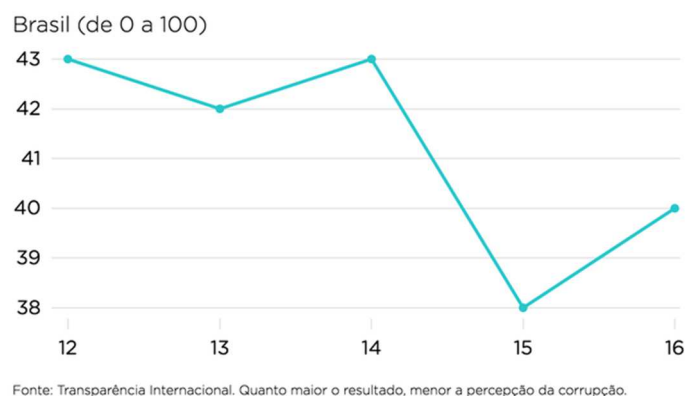
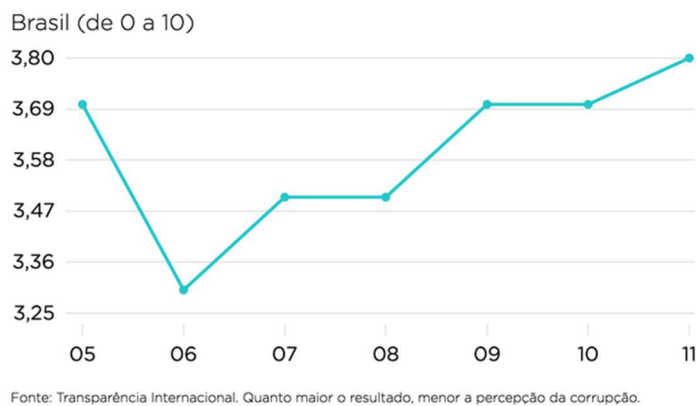
Esta última objeção mencionada por ABRAMO pode ser verificada por meio da análise do comportamento do Índice de Percepção da Corrupção da Transparência

⁸⁰ Conforme mencionado na seção 2.2.2, a constatação do denominado “paradoxo escandinavo” colocou em xeque a posição preponderante de que o caminho para diminuir a corrupção no plano político e econômico de um Estado seria por meio da adoção de ideais liberais.

⁸¹ ABRAMO, Claudio Weber. *Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção*. In **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 73, nov. 2005, pp. 33-37. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 29 de agosto de 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002005000300003>.

Internacional ao longo do tempo e em razão dos casos de corrupção que mais foram divulgados pela mídia, ou seja, o denominado “mensalão” e a “Operação Lava Jato”.

Os gráficos⁸² a seguir demonstram a influência da divulgação de informações na imprensa a respeito de casos de corrupção e como isso afeta o referido índice⁸³.



É possível verificar por meio dos gráficos que existem dois marcos para uma piora brusca do Brasil no índice, a primeira no ano de 2005, e a segunda no ano de 2014. Justamente estes foram os anos em que houve uma ostensiva veiculação sobre os casos do “mensalão”, o qual eclodiu no ano de 2005, bem como do julgamento da ação dele decorrente (Ação Penal nº 470), concluído pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2014, mesmo mês e ano em que se iniciaram as fases e a publicidade das operações atinentes à “Operação Lava Jato”.

⁸² Disponíveis em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/25/Por-que-o-%C3%ADndice-de-percep%C3%A7%C3%A3o-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-ficou-estagnado-no-Brasil-em-2016.>> Acesso em 28 de agosto de 2018.

⁸³ Ressalte-se apenas que, no ano de 2012, a Transparência Internacional alterou a sua metodologia para a realização do índice, por isso não é possível utilizar um mesmo gráfico para analisar períodos anteriores e posteriores ao referido ano.

Ou seja, tais coincidências revelam o poder que a divulgação de informações pela imprensa tem na conformação da percepção por parte das pessoas sobre problemas relativos à corrupção. Entretanto, com base nesses fatos, pode-se questionar a validade e a efetividade da utilização dos índices de percepção como base de análise de estudos relativos à corrupção, uma vez que tais índices podem distorcer gravemente a realidade e levar a mudanças equivocadas de políticas de enfrentamento da corrupção sob uma falsa percepção de que não estão produzindo os resultados esperados.

Em nossa visão, os denominados índices de percepção da corrupção na verdade servem muito mais para avaliar a qualidade das instituições de um país do que propriamente medir a corrupção. Com base nesse raciocínio, pode-se entender que os índices de percepção da corrupção demonstram que há uma relação inversamente proporcional entre a qualidade das instituições e a potencialidade para a ocorrência da corrupção em determinado país. Frise-se potencialidade, uma vez que não há nenhuma evidência empírica clara no sentido de que obrigatoriamente ocorrerá mais corrupção em um ambiente com menor qualidade institucional.

Ocorre que, ainda que saltem aos olhos a fragilidade dos índices de percepção da corrupção e o extremo cuidado que se deve ter na sua utilização, tais índices foram os responsáveis pela modelagem do combate à corrupção em uma escala global, seja porque alteraram entendimentos até então vigentes sobre o tema, seja porque fundamentaram ações concretas tomadas de modo a vincular os Estados à adoção de políticas anticorrupção.

2.5 A GLOBALIZAÇÃO DO DISCURSO ANTICORRUPÇÃO

Ao contrário do que comumente se imagina, o marco para a adoção de um discurso global anticorrupção não foi a instituição de normas de caráter transnacional, como o *Prevention of Corruption Act*⁸⁴ (PCA) de Cingapura, ou o *Foreign Corruption Practice Act*

⁸⁴ O *Prevention of Corruption Act*, em vigor desde 1960 em Cingapura, foi o primeiro diploma legal que estabeleceu mecanismos de enfrentamento da corrupção de modo extraterritorial, conforme previsto na seção 37 (1) do PCA:

“37.(1) The provisions of this Act have effect, in relation to citizens of Singapore, outside as well as within Singapore; and where an offence under this Act is committed by a citizen of Singapore in any place outside Singapore, he may be dealt with in respect of that offence as if it had been committed within Singapore.” (REPÚBLICA DE SINGAPURA. *Prevention of Corruption Act*.) Disponível em <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=87605d44-9407-4ee2-a75a->

Essa pressão não se deu apenas pelo poderio econômico dos Estados Unidos, mas também foi construída por meio de bases teóricas, com a propagação do entendimento de que a corrupção seria um entrave ao desenvolvimento dos países, discurso diverso do adotado na década de 60 por meio dos teóricos da teoria da modernização, os quais defendiam que a corrupção era uma decorrência do próprio processo de desenvolvimento.

Certamente o principal estudo que provocou essa mudança foi o realizado por PAOLO MAURO em 1995 a pedido do Banco Mundial, denominado *Corruption and growth*⁸⁷. O estudo realizado por MAURO foi o primeiro a utilizar dados empíricos de modo a demonstrar uma correlação entre a honestidade da burocracia de um país e o seu desenvolvimento econômico.

A metodologia do estudo de MAURO consistiu na utilização comparativa do índice *Business International* (BI), uma espécie de germen do índice da Transparência Internacional, com índices de desenvolvimento econômico dos países. O BI também era baseado em percepções, as quais eram colhidas por meio de entrevistas sobre os seguintes temas relacionados aos países pesquisados: a) mudança política; b) estabilidade política; c) probabilidade de a oposição tomar o poder; d) estabilidade da atividade econômica; e) relacionamento com países vizinhos; f) terrorismo; g) sistema legal e judiciário; h) burocracia; i) corrupção.

MAURO relacionou o referido índice BI com as taxas de crescimento econômico dos países com a finalidade de buscar uma relação entre corrupção e desenvolvimento econômico. De modo a estabelecer a relação de causalidade entre a variável “corrupção” e a variável “desenvolvimento econômico”, foi necessária a utilização de um instrumento que tivesse relação com a variável “corrupção”, mas que não tivesse relação com a variável “desenvolvimento econômico”. Para tanto, MAURO utilizou como instrumento o denominado Índice de Fracionalização Etnolinguística (*ELF – Ethnolinguistic Fractionalization*)⁸⁸, o qual pode ser identificado no quadro abaixo, sendo que quanto maior o índice, maior a fracionalização etnolinguística da sociedade:

⁸⁷ MAURO, Paolo. *Corruption and growth*. In *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n.º. 3, ago. 1995, pp. 681-712. Disponível em: <<http://homepage.ntu.edu.tw/~kslin/macro2009/Mauro%201995.pdf>>. Acesso em 26 de junho de 2016.

⁸⁸ O ELF é uma construção do Departamento de Cartografia da antiga União Soviética, e foi criado com o objetivo de verificar as diferentes composições etnolinguísticas da população mundial. O critério utilizado consistiu na identificação de grupos etnicamente separados ao longo da origem da história linguística, sem a incidência de qualquer variável econômica ou política para essa segregação. O autor considerou que o ELF não

TABLE III
ETHNOLINGUISTIC FRACTIONALIZATION, 1960

100-75	75-55	55-35	35-15	15-5	5-0
Angola	Canada	Algeria	Argentina	Austria	Dominican
Bangladesh	Ghana	Belgium	Australia	Brazil	Rep.
India	Malaysia	Ecuador	Finland	Chile	Egypt
Indonesia	Pakistan	Iraq	France	Colombia	Germany
Iran	Peru	Morocco	Israel	Denmark	Haiti
Ivory Coast	Philippines	New Zealand	Kuwait	Greece	Hong Kong
Kenya	Thailand	Singapore	Mexico	Jamaica	Ireland
Liberia	Trinidad/ Tobago	Spain	Nicaragua	Jordan	Italy
South Africa		Sri Lanka	Panama	Netherlands	Japan
Zaire		Switzerland	Turkey	Saudi Arabia	Korea
		Taiwan	United	Sweden	Norway
		United	Kingdom	Venezuela	Portugal
		States	Uruguay		
		Zimbabwe			

Fonte: MAURO, Paolo. *Corruption and growth*. In: The Quarterly Journal of Economics, vol. 110, n°. 3, ago. 1995, p. 693.

Após realizar diversos testes empíricos, MAURO chegou à conclusão de que existe uma correlação estatística e econômica negativa entre os níveis de corrupção e investimento, assim como crescimento. Como exemplo, o Autor cita que, se Bangladesh aprimorasse a integridade e a eficiência da sua burocracia aos níveis do Uruguai, teria um crescimento de mais de cinco pontos no índice de investimento, bem como de mais de meio por cento no PIB em apenas um ano. Ou seja, MAURO aduziu que a eficiência e honestidade da burocracia são causa de maior investimento e crescimento econômico.

Ainda que se possa questionar o estudo de MAURO por utilizar como base comparativa um índice baseado em percepção (o que já foi criticado na seção anterior), bem como por não restar efetivamente claro se o ELF seria o instrumento mais adequado⁸⁹, pode-

teria qualquer influência externa de variáveis econômicas, mas teria relação com variável corrupção, uma vez que as sociedades com uma grande divisão étnica tendem a caminhar para maiores conflitos e a sofrerem com a ineficiência da burocracia estatal.

⁸⁹ “There are all sorts of reasons that highly fractionalized societies might have lower economic growth rates, even if corruption had no effect whatsoever on growth. More fragmented societies may be less politically stable (in ways not captured by control variables), or more prone to violence, or have lower levels of interpersonal trust, or have other institutional features (say, particular voting or lawmaking systems) that affect economic performance. Linguistic diversity might also be a drag on growth because it entails additional communication costs. And higher levels of fractionalization may derive from other causes, like country size or terrain or climate, that also affect growth.

Or maybe not. Maybe none of those factors matters, and Mauro is right that ELF only affects growth by affecting corruption. But the point is we don’t know, and we can’t test this statistically. If you can’t say, with a straight face, that it seems impossible to you that ethno-linguistic fractionalization could affect economic growth through any channel other than government corruption, then you can’t accept that Mauro’s paper establishes that corruption causes (as opposed to correlates with) low economic growth.” (STEPHENSON,

se dizer que o seu artigo representou um marco nos estudos sobre tema, bem como impulsionou as organizações internacionais, especialmente o Banco Mundial, a adotarem novas políticas de modo a buscar a internacionalização do combate à corrupção.

O primeiro movimento efetivo da comunidade internacional nesse sentido foi no aspecto da atuação dos organismos internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, os quais começaram a concentrar esforços para mitigar os casos de corrupção relacionados aos recursos liberados aos governos. Assim, as instituições iniciaram um processo de auxílio técnico aos países de modo a estimular a governança, sendo que os esforços realizados pelos países para reduzir os níveis de corrupção passaram a ser considerados para liberação de financiamentos.⁹⁰

No ano de 1996, logo após o estudo realizado por MAURO, foi celebrado o primeiro compromisso internacional referente ao tema da corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).⁹¹

A adesão do Brasil à Convenção da OEA não implicou à necessidade de alterações legislativas, mas, conforme dispõe estudo⁹² realizado pela Transparência Brasil, ainda restam pontos para aperfeiçoamento do sistema legal brasileiro de modo que contemple: a) adoção de sistemas para a declaração de receitas, passivos e ativos por parte de pessoas que desempenhem funções públicas relevantes, conforme estabelecido em lei e, quando for o

Matthew. *Mauro (1995) does not show that corruption slows growth*. Disponível em <<https://globalanticorruptionblog.com/2014/05/15/mauro-1995-does-not-show-that-corruption-is-bad-for-growth/>> Acesso em 03 de setembro de 2017.)

⁹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil – Estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 172.

⁹¹ “Importante salientar, ainda, que, semelhante ao procedimento estabelecido no âmbito da OCDE, a Convenção da OEA prevê os “Mecanismos de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção”. A Convenção da OEA sobre corrupção tratou de questões específicas, como a necessidade de cooperação entre seus países-membros no esforço de combater esse fenômeno transnacional. Os aspectos mais relevantes da Convenção compreendem: a definição de suborno; a criminalização do pagamento de suborno a funcionário público (suborno ativo); o fornecimento de orientação para a aplicação de sanções; a fixação de regras para a assistência judicial e legal; a fixação de parâmetros para os sistemas de contabilidade e auditoria; a disponibilização do monitoramento da implementação das medidas previstas na Convenção e; a proibição da dedução tributária do pagamento de suborno”. (FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil – Estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 173.)

⁹² BARACUI, Pedro Lehmann. *Estudo de conformidade do ambiente brasileiro com a Convenção Interamericana Contra Corrupção da OEA*. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/Estudo.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

caso, mecanismos para a divulgação dessas declarações e; b) criação de um sistema de proteção a cidadãos e funcionários públicos que denunciarem de boa-fé atos de corrupção.

No plano internacional de combate à corrupção, talvez a organização com maior destaque seja a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, inclusive, tem influenciado largamente a construção do direito penal do século XXI⁹³. Nesse sentido, em 1997, foi estabelecida a Convenção da OCDE contra a Corrupção, também conhecida como Convenção sobre o Combate à Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

O Brasil aderiu à Convenção da OCDE em 1997, na qualidade de signatário não membro da organização. O Decreto nº 3.678/2000 promulgou a referida Convenção no âmbito do direito interno brasileiro, sendo que, posteriormente, a Lei nº 10.467 de 2002 acrescentou ao Código Penal o Capítulo 2-A, o qual dispõe sobre “os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional, a ocultação ou dissimulação de produtos de crime praticados por particular contra a administração pública estrangeira e, por fim, conceituou, para fins penais, o “funcionário público estrangeiro”.

A ONU (Organização das Nações Unidas), por sua vez, conduziu as negociações para a realização de duas convenções sobre a temática da corrupção: a Convenção de Palermo, também conhecida como Convenção sobre Delinquência Organizada Transnacional, e a Convenção de Mérida, ou, propriamente denominada de Convenção da ONU contra a Corrupção.

A Convenção de Palermo, firmada em 2000 e promulgada pelo Brasil em 2004, por meio do Decreto nº 5.015, teve o escopo de estabelecer conceitos, para fins penais, de organizações criminosas de atuação internacional, assim como os instrumentos por meio dos quais realizam as suas atividades, como a lavagem de capitais e a corrupção. Além de trazer definições e estabelecer compromissos para os signatários para que ajustem os seus sistemas

⁹³ A OCDE tem sido a responsável pela ocorrência de uma “economização” e internacionalização do Direito Penal, principalmente após o fim da guerra fria. Nesse sentido, no ano de 1992, o GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional) passa a ser instituição permanente da OCDE, responsável por tecer orientações aos países de cunho eminentemente penal, com especial atenção às questões relativas à lavagem de dinheiro. As pressões do GAFI pela criminalização de certas condutas destinadas ao controle dos mercados mobiliários levaram a modificações de direito interno brasileiro, como a promulgação da Lei nº 9.613/98, referente à lavagem de capitais, a qual foi posteriormente modificada pela Lei nº 12.683/2012.

legais de modo a criminalizar as situações previstas na Convenção, também foram definidos mecanismos de cooperação internacional para a recuperação de bens e produtos de origem da atividade criminosa.

A Convenção de Mérida, firmada em 2003 e promulgada pelo Brasil em 2006, por meio do Decreto nº 5.687, ao tratar especificamente sobre o tema da corrupção, trouxe não apenas a previsão de conceitos e condutas a serem criminalizadas pelos Estados signatários, mas também estabeleceu mecanismos destinados à prevenção⁹⁴ de práticas corruptas, seja por meio de medidas de caráter administrativo ou judicial.

Chama atenção que a ONU, em suas convenções destinadas a enfrentar a questão da corrupção de uma forma globalizada, atua de modo horizontal, ou seja, respeitando a soberania dos países, sendo que inclusive tal premissa é expressamente aduzida no âmbito da Convenção de Palermo⁹⁵ e da Convenção de Mérida⁹⁶.

Ocorre que, ao contrário da atuação horizontal da ONU, que visa o desenvolvimento do Direito Internacional e sua codificação com respeito à soberania dos

⁹⁴ BRASIL. Decreto nº 5.687/2006.

“Artigo 5. Políticas e práticas de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.
2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.
3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.
4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção.”

⁹⁵ ONU. Convenção de Palermo.

“Artigo 4- Proteção da soberania

1. Os Estados Partes cumprirão as suas obrigações decorrentes da presente Convenção no respeito pelos princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados, bem como da não-ingerência nos assuntos internos de outros Estados.
2. O disposto na presente Convenção não autoriza qualquer Estado Parte a exercer, em território de outro Estado, jurisdição ou funções que o direito interno desse Estado reserve exclusivamente às suas autoridades.”

⁹⁶ ONU. Convenção de Mérida.

“Artigo 4- Proteção da soberania

1. Os Estados Partes cumprirão suas obrigações de acordo com a presente Convenção em consonância com os princípios de igualdade soberana e integridade territorial dos Estados, assim como de não intervenção nos assuntos internos de outros Estados.
2. Nada do disposto na presente Convenção delegará poderes a um Estado Parte para exercer, no território de outro Estado, jurisdição ou funções que a legislação interna desse Estado reserve exclusivamente a suas autoridades.”

países e a princípios diplomáticos, organizações não governamentais, como a OCDE, atuam sob o prisma único de questões econômicas, sendo que tal fato traz o risco de desvirtuamento do Direito Penal de modo que este seja equiparado a uma *Lex Mercatoria*.⁹⁷

Em relação a essa questão, observa-se que o tema da corrupção no âmbito do Direito Internacional trilhou um caminho traçado por pressões econômicas, advindas especialmente dos Estados Unidos da América após a queda do bloco soviético, de modo a consolidar as bases globais do capitalismo e garantir a livre concorrência no mercado global.

Entretanto, o ponto atual de questionamento relaciona-se a um desvirtuamento da utilização do discurso anticorrupção por parte dos EUA de modo a exercer domínio sobre o mercado global, valendo-se de sua potencialidade econômica e sua jurisdição com a finalidade de impor sanções e aumentar os custos de produção de empresas estrangeiras. No entanto, do mesmo modo que a corrupção altera as bases do capitalismo uma vez que interfere na livre concorrência, o discurso fanático anticorrupção possui similar efeito, tendo em vista que introduz custos artificiais e desnecessários aos meios de produção, impedindo assim as empresas menores de concorrer com os grandes grupos empresariais capazes de suportar o acréscimo de custos decorrentes.

Dessa forma, tão importante quanto estabelecer meios de enfrentamento da corrupção de modo global é saber os limites da utilização desses mecanismos, de modo a evitar que passem a atender interesses meramente econômicos de países desenvolvidos, o que aparentemente parece ser o caso atual dos EUA, com o alargamento da sua jurisdição além das suas fronteiras, conforme será exposto na próxima seção.

2.5.1 O longo braço da jurisdição estadunidense sobre casos de corrupção. Padrão a ser seguido ou instrumento de dominação?

⁹⁷ “É bem certo que a ONU, através de sua Comissão de Direito Internacional, com vistas a promover o progressivo desenvolvimento do Direito Internacional e sua codificação, respeita a horizontalidade, em especial no que diz respeito a uma série de tratados e convenções, ainda que relacionados à matéria penal. O problema está, no entanto, no momento no qual se afirma que a produção normativa começa a se originar em organismos não governamentais, onde, aí sim, não existe uma horizontalidade regulada por princípios diplomáticos, mas, sim, outros. No especial caso aqui trabalhado, tratar-se-ia de ingerência econômica. Esse o caso típico da OCDE.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.)

Como exposto anteriormente, o desenvolvimento de um discurso global anticorrupção se deu em razão de pressões exercidas por países desenvolvidos, especialmente os EUA, de modo a garantir a livre concorrência no mercado globalizado.

A utilização de instrumentos de direito internacional, como a Convenção da OCDE, foi o primeiro passo efetivo para a globalização do combate à corrupção. Entretanto, nenhuma convenção ou tratado equiparam-se em termos de efetividade à jurisdição extraterritorial exercida pelos EUA, especialmente por meio da atuação do *Department of Justice* (DOJ) e da *Securities and Exchange Commission* (SEC).

Conforme mencionado na seção 2.2.2, o caso Watergate foi o gatilho para a mudança na agenda dos estudos sobre a corrupção nos EUA, sendo que, no plano legislativo, culminou na instituição do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) no ano de 1977. Basicamente, o FCPA tornou crime o pagamento de propina a agentes públicos estrangeiros⁹⁸, bem como trouxe obrigações cíveis àquelas empresas listadas no mercado de

⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Corrupt Practices Act.

“§ 78dd -2. Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior

(a) Proibição

Será ilícito a qualquer empreendimento nacional, exceto um emissor sujeito à seção 78dd-1 deste título, ou a qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal empreendimento nacional ou qualquer acionista do mesmo que esteja agindo em nome do mesmo, fazer uso dos correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual corruptamente para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou oferta, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item de valor a –

(1) qualquer dirigente estrangeiro, com o fim de --

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro na sua qualidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação à obrigação legal de tal dirigente, ou (iii) garantir a obtenção de qualquer vantagem indevida; ou

(B) induzir tal dirigente estrangeiro a usar a sua influência junto a um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental, para ajudar tal empreendimento nacional a obter ou manter um negócio para qualquer pessoa ou direcionar um negócio a essa pessoa;

(2) qualquer partido político estrangeiro ou dirigente do mesmo ou um candidato a cargo político no exterior, com o fim de --

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal partido, dirigente ou candidato em sua qualidade oficial, (ii) induzir tal partido, dirigente ou candidato a realizar ou deixar de realizar uma ação, em violação à obrigação legal de tal partido, dirigente ou candidato, ou (iii) garantir a obtenção de qualquer vantagem indevida; ou

(B) induzir tal partido, dirigente ou candidato a usar a sua influência junto a um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental, para ajudar tal empreendimento nacional na obtenção ou manutenção de negócio para qualquer pessoa ou direcionar negócio a essa pessoa;

(3) qualquer pessoa, sabendo que o total ou parte de tal soma em dinheiro ou item de valor será direta ou indiretamente oferecido, doado ou prometido a qualquer dirigente estrangeiro, partido político ou dirigente do mesmo no exterior, ou a qualquer candidato a cargo político no exterior, com o fim de –

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior, em sua qualidade oficial, (ii) induzir tal dirigente, partido político, dirigente ou candidato de partido no exterior a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação à obrigação legal de tal dirigente, partido político, dirigente ou candidato de partido político no exterior, ou (iii) garantir a obtenção de qualquer vantagem indevida; ou

ações norte-americano, referentes à manutenção da higidez dos seus livros e registros, bem como a obrigação de instituir mecanismos de controle interno a fim de evitar a prática de atos ilícitos por parte dos seus prepostos.

Por trazer obrigações e sanções de naturezas cível e criminal, as disposições do FCPA podem ser aplicadas tanto pelo DOJ quanto pela SEC. O primeiro detém competência para executar o FCPA tanto por violações criminais quanto cíveis, e a segunda atua unicamente na esfera cível.

Embora o FCPA seja datado de 1977, apenas após a Convenção da OCDE os EUA sentiram-se à vontade para exercer livremente a sua jurisdição de forma global. Isso ocorreu por dois motivos: primeiro porque o FCPA foi emendado em 1998 de forma a se adaptar à Convenção da OCDE, sendo que as emendas realizadas concederam um espectro muito mais abrangente do que a legislação em seu texto original. Segundo porque, devido aos demais países terem assumido compromissos de realizar esforços para implantar políticas anticorrupção, tornou-se mais palatável uma ação agressiva dos EUA no exercício extraterritorial da sua jurisdição.⁹⁹

Para fechar o arcabouço legislativo que permite os EUA atuar como um verdadeiro tribunal global anticorrupção, deve-se destacar a aplicação conjunta ao FCPA de uma lei de 1952, denominada *Travel Act*¹⁰⁰. Referida lei criminaliza a utilização de viagens

(B) induzir tal dirigente, partido político, dirigente ou candidato de partido político estrangeiro a usar sua influência junto a um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo, para ajudar tal empreendimento nacional na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou para direcionar negócios a essa pessoa.”

Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

⁹⁹ “The FCPA is not a new law. It was passed in 1977, in the Wake of the Watergate scandal and revelations that corporations regularly bribed government officials. Yet only 25 corporations were prosecuted for violating the FCPA before 1998, when an international treaty on corruption was signed: the OECD Convention, now ratified by thirty-eight countries. Parties are required to institute “effective, proportionate, and dissuasive” criminal penalties for the bribery of foreign officials. In 1998, the FCPA was amended in part to comply with the OECD Convention. The amendments made the FCPA much broader, expanding the coverage of the statute and providing for wider ‘alternative jurisdiction’ over extraterritorial acts by domestic firms. The amendments require that a foreign company with stock listed in the United States ‘make use of mails or any means or instrumentality of interstate commerce’ in furtherance of the bribery acts, but that a foreign company that does not have stock listed in the United States must to do so “while in the territory of the United States. With other major countries agreeing to enforce anti-corruption and anti-bribery laws, it became more palatable for the United States to get more aggressive.” (GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, pp. 239-240.)

¹⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 18 U.S. Code § 1952 - Interstate and foreign travel or transportation in aid of racketeering enterprises.

interestaduais, comércio internacional e o uso de correspondência (e-mails), ou qualquer outro meio destinado: a) à distribuição dos produtos de atividade ilícita; b) ao cometimento de qualquer crime de violência para promover alguma atividade ilícita; c) a promover, gerenciar, estabelecer, continuar ou facilitar a promoção, a gestão, o estabelecimento ou exercício de qualquer atividade ilegal.

Ou seja, além da amplitude dos sujeitos¹⁰¹ submetidos à aplicação do FCPA, com a utilização do *Travel Act*, a jurisdição estadunidense funciona como uma jurisdição global anticorrupção, uma vez que basta algum e-mail, telefonema, ou qualquer comunicação utilizada para a prática dos atos ilícitos percorrer algum servidor localizado em território norte-americano para que seja possível a instauração de investigação pelos órgãos responsáveis.

“(a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to—
 (1) distribute the proceeds of any unlawful activity; or
 (2) commit any crime of violence to further any unlawful activity; or
 (3) otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity,
 and thereafter performs or attempts to perform—
 (A) an act described in paragraph (1) or (3) shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both; or
 (B) an act described in paragraph (2) shall be fined under this title, imprisoned for not more than 20 years, or both, and if death results shall be imprisoned for any term of years or for life.
 (b) As used in this section (i) “unlawful activity” means (1) any business enterprise involving gambling, liquor on which the Federal excise tax has not been paid, narcotics or controlled substances (as defined in section 102(6) of the Controlled Substances Act), or prostitution offenses in violation of the laws of the State in which they are committed or of the United States, (2) extortion, bribery, or arson in violation of the laws of the State in which committed or of the United States, or (3) any act which is indictable under subchapter II of [chapter 53 of title 31](#), United States Code, or under section [1956](#) or [1957](#) of this title and (ii) the term “State” includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States.” Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1952>>. Acesso em 11 de setembro de 2017.

¹⁰¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Corrupt Practices Act.

“(h) Definições

Para fins desta seção:

(1) O termo "empreendimento nacional" significa:

(A) qualquer indivíduo que é cidadão, nativo ou residente dos Estados Unidos; e

(B) qualquer sociedade anônima, sociedade, associação, empresa de capital comum, truste comercial, organização não constituída comercialmente ou empresas de um só proprietário que tenham sua sede nos Estados Unidos, ou que tenha sido organizada segundo as leis de um estado dos Estados Unidos, ou de um território, possessão, ou membro da comunidade dos Estados Unidos.

(2) (A) O termo “dirigente estrangeiro” significa qualquer dirigente ou funcionário de um governo estrangeiro ou qualquer departamento, órgão ou organismo governamental ou de uma organização pública internacional ou qualquer pessoa que atuar em qualidade oficial para tal governo ou departamento, órgão ou organismo, ou que atuar para tal organização pública internacional ou em nome deles.” Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

Com fundamento nesse amplo leque de instrumentos, o primeiro caso de relevo no qual os EUA atuaram de forma a estender a sua jurisdição além do seu território foi o da empresa britânica BAE Systems, a maior empresa do setor militar da Europa.

As acusações realizadas contra a BAE consistiam no fato de que a Empresa teria pago propina e oferecido vantagens indevidas aos sauditas responsáveis por garantir um contrato de US\$80 bilhões de dólares na década de 80, referente à venda de jatos à Arábia Saudita. Tratava-se do maior contrato de uma empresa na história do Reino Unido.

Por anos foram realizadas acusações sobre os negócios da BAE, sem que o Reino Unido adotasse qualquer providência por meio do seu órgão competente, o *Serious Fraud Office* (SFO). Entretanto, a inércia do SFO não inibiu a atuação dos promotores do DOJ que, em uma escala de um voo da BAE Systems nos EUA, aproveitaram para interrogar o CEO da Empresa e todos os seus diretores, os quais foram citados no processo e intimados para comparecer perante o Júri. A ação dos promotores norte-americanos provocou uma crise diplomática entre EUA e Reino Unido.¹⁰²

A via legal utilizada para estender a jurisdição dos EUA neste caso se deu em razão da BAE ser listada no mercado de ações norte-americano, bem como por ser controladora de duas empresas norte-americanas, a Lockheed Martin e a Armor Holdings. A via investigativa utilizada pelos promotores do DOJ para processarem os diretores e o CEO da BAE se deu por meio da utilização de um colaborador, um ex-funcionário da BAE que descreveu os diversos atos ilícitos praticados pela Empresa na condução dos seus negócios.

A ação dos promotores norte-americanos culminou, no ano de 2010, na realização de acordos entre a BAE e o DOJ, pelo qual a Empresa pagou a multa de US\$400 milhões, e com o SFO, pelo qual pagou a multa de £30 milhões.¹⁰³ Além dos altos valores que a Empresa teve que arcar em razão dos acordos, o caso provocou um grande desgaste político no Reino Unido e, em razão da pressão da sociedade, foi instituída no mesmo ano a lei anticorrupção mais rigorosa do mundo, o UK Bribery Act.

¹⁰² GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, pp. 219-225.

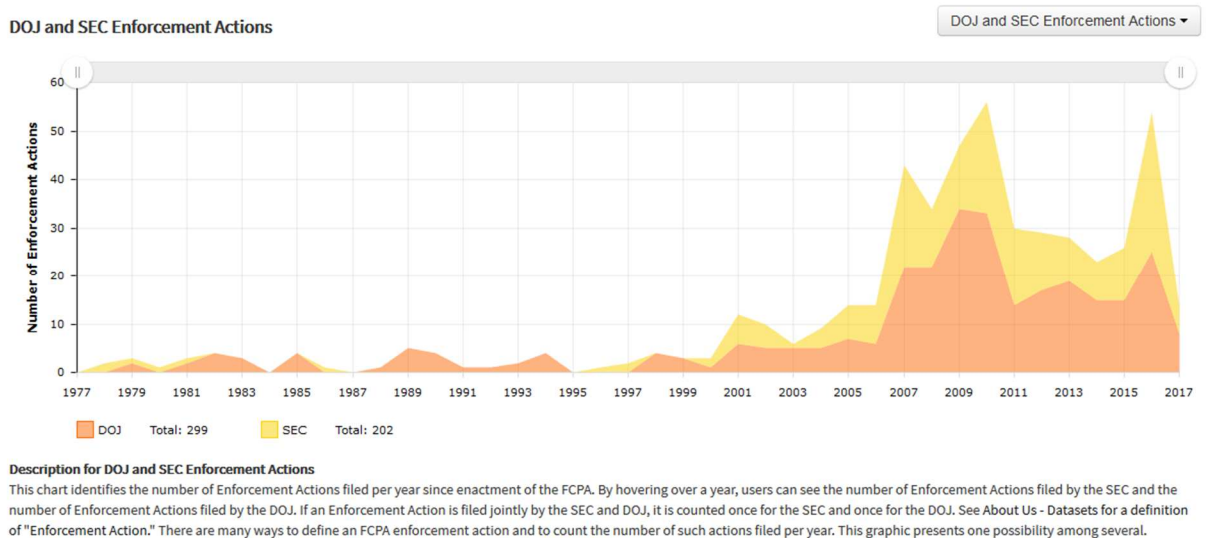
¹⁰³ Dados disponíveis em: <<https://www.hugheshubbard.com/news/fcpa-alert-u-s-and-u-k-authorities-reach-ground-breaking-settlement-with-bae-systems>>. Acesso em 11 de setembro de 2017.

A efetividade da ação da jurisdição extraterritorial dos EUA se dá basicamente por dois motivos: a rapidez da resposta do seu sistema judicial e administrativo para lidar com casos de corrupção e, principalmente, o medo das empresas de serem banidas do mercado norte-americano.

Há uma questão interessante em relação a esse ponto, uma vez que os governos dos países de origem das empresas investigadas pelo longo braço da jurisdição norte-americana costumam a não se insurgir contra as investigações, embora tais empreitadas norte-americanas pudessem ser configuradas como uma violação à soberania dos países. Isso se dá especialmente pelo fato de que questionar uma investigação sobre corrupção traz um alto custo político, e a aparência de tentativa de acobertamento de atos ilícitos praticados pelo próprio governo.

Ocorre que a utilização extraterritorial da jurisdição norte-americana sobre casos de corrupção vem sendo duramente questionada no âmbito interno dos EUA, especialmente após o governo Obama, o qual se utilizou largamente dos mecanismos de ampliação da jurisdição norte-americana para atingir empresas de outros países.

Em monitoramento estatístico do FCPA realizado pela Universidade de Stanford¹⁰⁴, é possível constatar o grande avanço na utilização do diploma legal durante o governo Obama:



¹⁰⁴ Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>>. Acesso em 11 de setembro de 2017.

O crescimento vertiginoso da atuação do DOJ e da SEC com fundamento no FCPA iniciou um movimento de questionamento¹⁰⁵ desse tipo de ação por parte dos EUA, seja do ponto de vista da legitimidade e da violação à soberania dos outros países, bem como em razão da criação de um ambiente hostil ao mercado, de modo a criminalizar a realização de negócios no país.¹⁰⁶

Em obra do ano de 2014, denominada “*Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*”, o juiz e professor da Universidade de Virginia, BRANDON L. GARRET, analisou todos os acordos realizados pelo DOJ e pela SEC, bem como os dados estatísticos das ações propostas e as condenações impostas pelo Judiciário.¹⁰⁷

No que se refere à atuação da jurisdição estadunidense contra as empresas estrangeiras, GARRET levantou dados que demonstram que o sistema punitivo norte-americano é utilizado de modo bastante agressivo quando comparado às condições e punições impostas às empresas nacionais.

Nesse sentido, as empresas estrangeiras recebem tratamento diferenciado para a realização de acordos por parte dos promotores do DOJ, seja em relação ao denominado *deferred prosecution agreement* (DPA) ou ao *non-prosecution agreement* (NPA). Os dados obtidos por GARRET demonstram que apenas um quinto de todos os acordos então realizados envolviam empresas estrangeiras (54 de 255 acordos). Em relação às empresas estrangeiras processadas entre os anos de 2001 a 2012, apenas 54 de um universo de 283 conseguiram celebrar acordo, as demais foram condenadas pelo Judiciário.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Cabe destacar que DONALD TRUMP, então candidato à Presidência dos EUA nas eleições de 2016, capturou as críticas em relação ao excesso de regulamentações e a atuação agressiva do DOJ e da SEC e estabeleceu como programa político a mudança do FCPA. Como efeito prático após a sua eleição, conforme visto no gráfico do monitoramento estatístico da Universidade de Stanford, há uma redução drástica na atuação do DOJ e da SEC no que se refere à execução da referida lei. No entanto, ao contrário do pensamento de DONALD TRUMP e conforme será demonstrado a seguir, o FCPA tem sido utilizado muito mais para atingir empresas estrangeiras do que as empresas estadunidenses. Não seria surpresa, diante do programa político protecionista adotado em sua campanha presidencial, que o FCPA seja alterado para diminuir a incidência sobre as empresas dos EUA e tornar-se mais rigoroso em relação às empresas estrangeiras.

¹⁰⁶ Nesse sentido, ver o artigo *The criminalisation of American business*, de 28 de agosto de 2014 da *The Economist*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/leaders/21614138-companies-must-be-punished-when-they-do-wrong-legal-system-has-become-extortion>>. Acesso em 11 de setembro de 2017.

¹⁰⁷ GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

¹⁰⁸ GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, pp. 219-220.

No que tange à quantificação das penas impostas, GARRET analisou mais de 2.250 processos e constatou uma enorme e inexplicável discrepância nos valores das multas impostas às empresas nacionais em relação às empresas estrangeiras. Estas receberam, em média, uma multa no valor de US\$35 milhões, e realizaram pagamentos no montante de US\$66 milhões, quantias bem superiores às multas estabelecidas às empresas nacionais, que foram multadas em média no valor de US\$4.7 milhões, e realizaram pagamentos no montante de US\$12 milhões.¹⁰⁹

Esse cenário traz à tona razões para se questionar as ações adotadas pelos EUA em relação ao tema da corrupção, não apenas pelo aspecto procedimental, mas também em relação à sua legitimidade.

GARRET acredita que um dos grandes problemas seja o fato dos promotores de justiça norte-americanos possuírem grande discricionariedade, sendo que inexistem parâmetros claros para a atuação. Ademais, essa discricionariedade estaria sendo utilizada de modo a se conceder tratamento mais leniente às empresas nacionais, e mais agressivo em relação às empresas estrangeiras.¹¹⁰

As críticas em relação a essa postura dos EUA não pairam apenas em aspectos procedimentais, mas também se referem à ausência de legitimidade para o exercício do policiamento global relacionado à corrupção. Nesse sentido, MICHAEL DOWDLE, professor da Universidade Nacional de Cingapura, questiona a obsessão norte-americana pela implementação, sob seus valores¹¹¹, de políticas globais anticorrupção e como esse discurso afeta o desenvolvimento dos demais países.

¹⁰⁹ GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 220.

¹¹⁰ “This raises the question of whether prosecutors single foreign companies out. Or could foreign firms be the worst violators? If so, why were they prosecuted so infrequently in the past? Perhaps something else accounts for why so many of the bigger corporate prosecutions now involve foreign companies. I will look at several possible explanations, but there are no definitive answers to this puzzle.

As with so many of the problems explored in this book, there is no single coordinated approach used by prosecutors when targeting foreign corporations. How prosecutors actually exercise their discretion is something of a black box, since we have so little information why they make their decisions. The outsized role played by prosecutions of foreign corporations suggests we need to know far more about how prosecutors pick and choose their corporate cases. The success stories in these foreign prosecutions, which involve so many practical challenges, suggest something else: that domestic corporate prosecutions could be handled far more aggressively than they so often are.” (GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 221.)

¹¹¹ É interessante analisar o histórico legislativo do FCPA, especialmente a exposição de motivos adotada pela *House of Representatives*, a qual, expressamente dispõe a necessidade de se difundir os valores americanos nas políticas de combate à corrupção:

DOWDLE destaca que a temática da corrupção possui um lugar de destaque no campo do direito e do desenvolvimento, sendo que sempre é relacionada como causa do fato dos países em desenvolvimento nunca chegarem ao pleno desenvolvimento. Entretanto, DOWDLE questiona esse tipo de correlação ressaltando que inexistente suporte empírico que estabeleça uma relação de causalidade entre corrupção e desenvolvimento.¹¹²

Mas então, qual seria a razão para os EUA e os países desenvolvidos do ocidente insistirem em um discurso global anticorrupção? Na visão de DOWDLE, o discurso anticorrupção funciona como um suporte psicológico para três¹¹³ concepções norte-americanas sobre problemas relacionados ao desenvolvimento dos países:

“The payment of bribes to influence the acts or decisions of foreign officials, foreign political parties or candidates for foreign political office is unethical. It is counter to the moral expectations and values of the American public. But not only is it unethical, it is bad business as well. It erodes public confidence in the integrity of the free market system. It short-circuits the marketplace by directing business to those companies too inefficient to compete in terms of price, quality or service, or too lazy to engage in honest salesmanship, or too intent upon unloading marginal products. In short, it rewards corruption instead of efficiency and puts pressure on ethical enterprises to lower their standards or risk losing business.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Report N°. 95-640, de 28 de setembro de 1977. Disponível em: < <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2017.)

¹¹² “Corruption holds a magical place in the field of law and development. It is the go-to as to why developing countries do not in fact develop. After all, we know what it takes to develop (i.e., good legal institutions), so why is it that developing countries do not develop? It can only be because their leaders and elites must be putting their own personal interests ahead of those of real development.

In fact, these is little hard empirical support for this, least as best as I can find. There are a lot of studies showing an inverse correlation between levels of development and levels of corruption. But correlation does not show causation. And in fact, high levels of corruption are also associated with the fast industrial development, as indicated in the contemporary cases of China, Brazil, India, Indonesia, and in earlier cases of the United States ca. 1880s and early industrial England ca. 1790s.” (DOWDLE, Michael W.. *Anti-Anti-corruption. Part I*. Disponível em: < <http://lawdevelopment.blogspot.com.br/2014/04/anti-anti-corruption-part-i.html>>. Acesso em 17 de setembro de 2017.)

¹¹³ “First, it allow us to preserve our faith in our own political-economic ideology – providing a convenient explanation as to why that ideology in fact rarely – if ever – is able to do what it claims to do insofar as economic development is concerned.

Second, it allows us in the West to celebrate our own special dedication to moral principles. “Lookee here,” it says, “the reason that developing countries don’t develop is because of moral hazard. We, by contrast have developed, meaning that we have been civilized enough to put our fellows above our own personal interest. Aren’t we special? Aren’t we deserving.” Relatedly, it allows the West to not feel guilty about their material privilege. It means that the average American does not need to feel undeserving in earning 9x that of the average Brazilian (US\$69,821/yr as of 2011 vs. US\$7,898/yr as of 2010). We can simply conceptualize it as a reward for our superior moral virtues.

Third, and perhaps more importantly (and certainly less condemnably), it allows us to preserve our faith in human agency. The discourse on corruption allows us to believe that our well-being is susceptible to human intentionality. It allows us to continue seeing ourselves as masters of our universe rather than as merely its subjects. Particularly when we see examples of brutal poverty, we all want to “do something”. “Just eliminate corruption” gives us a convenient reassurance that something can in fact be done.” (DOWDLE, Michael W.. *Anti-Anti-corruption. Part I*. Disponível em: < <http://lawdevelopment.blogspot.com.br/2014/04/anti-anti-corruption-part-i.html>>. Acesso em 17 de setembro de 2017.)

Primeiro, o discurso anticorrupção preserva a crença no sistema político-econômico dos países ocidentais desenvolvidos, uma vez que a corrupção é uma conveniente explicação de problemas relacionados ao desenvolvimento mesmo naqueles países que adotam os ideais dos países ocidentais desenvolvidos.

Segundo, o discurso anticorrupção permite que o ocidente desenvolvido celebre seus próprios princípios morais em detrimento de outros. Do mesmo modo, faz com que as pessoas do mundo desenvolvido não se sintam culpadas pelas graves desigualdades materiais entre os países, uma vez que isso seria justificável como uma recompensa por terem princípios morais mais evoluídos.

Terceiro, e mais importante na visão de DOWDLE, o discurso anticorrupção permite a manutenção da crença de que o bem-estar de uma sociedade depende unicamente da boa vontade e da ação humana. Como exemplo, diante de um cenário de pobreza extrema, a solução conveniente que é comumente adotada é a de clamar pelo combate à corrupção como forma de resolver todos problemas de uma sociedade desigual e subdesenvolvida.

Dessa forma, o fato do discurso anticorrupção ser utilizado, mesmo que involuntariamente segundo DOWDLE, como suporte à manutenção de ideais políticos e econômicos dos países desenvolvidos, implica à conclusão de que há uma incidência direta de efeitos, principalmente sobre os países em desenvolvimento. Isso porque a adoção de padrões norte-americanos em países subdesenvolvidos faz com que os custos de produção sejam majorados, tornando as empresas menos competitivas e, caso não se enquadrem a esses padrões, há o risco de imposição de sanções, restrições a mercados, clientes e fornecedores. Resta saber, no entanto, se isso pode ser considerado uma contribuição do mundo desenvolvido aos países em desenvolvimento, ou se tal discurso é utilizado como um instrumento de dominação e manutenção de interesses políticos e econômicos. Ao nosso ver, pelo exposto até o momento, a segunda hipótese parece ser a mais acertada.

2.5.2 Os efeitos da corrupção nas licitações e contratos administrativos e o seu enfrentamento globalizado

Conforme exposto na seção anterior, a relação umbilical existente entre corrupção e desenvolvimento traz, por consequência, as licitações e contratos administrativos para o

centro da discussão, uma vez que são os mecanismos instrumentais do Estado destinados a aplicar e executar políticas públicas necessárias ao seu desenvolvimento.

Além de estarem relacionadas à execução de políticas de desenvolvimento, as licitações e contratos administrativos são um ponto sensível à corrupção porque definem a alocação de grande parte dos recursos do Estado. Assim, tem-se nas licitações e contratos administrativos o ponto de contato entre política, burocracia e iniciativa privada, sendo assim o setor em que há necessidade de maior atenção e controle no que se refere às políticas anticorrupção.

Casos de corrupção pequena, grande ou sistêmica, na qual o mundo político se vale da burocracia estatal e dos laços estabelecidos com o empresariado para a manutenção de poder e enriquecimento ilícito, são comuns no Brasil e no resto do mundo, não sendo um “privilégio” dos países subdesenvolvidos¹¹⁴. Em razão do risco inerente a essa atividade, a literatura e as convenções internacionais dão especial destaque para as políticas destinadas a estabelecer o controle da corrupção no âmbito das licitações e contratações públicas, uma vez que, além de ocasionar uma distorção na alocação de recursos públicos, também afetam o funcionamento do próprio Estado e da qualidade dos serviços por ele prestados.

Um método interessante para avaliar os efeitos da corrupção no setor de licitações e contratos administrativos, sem ter que recorrer à utilização de índices de percepção ou outros critérios subjetivos, é realizar uma comparação entre os custos relativos aos contratos em um período antecedente e em um período posterior a um grave caso de corrupção desvendado.

¹¹⁴ “Grand corruption is not limited to developing nations dealing with multinational businesses. Similar scandals are frequente in industrialized countries. In Germany bribes were apparently paid to win contracts worth DM 2.5 billion to build Terminal 2 at Frankfurt Airport. According to the public prosecutor, corruption led to an increase in prices of about 20% to 30%.” (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016, pp. 94-95.)

Como exemplo, após as investigações e prisões realizadas na denominada Operação Mãos Limpas¹¹⁵ na Itália, constatou-se¹¹⁶ as seguintes reduções de custo de obras realizadas na cidade de Milão:

- a) queda no custo para a construção do metrô, de US\$227 milhões por KM em 1991 para US\$97 milhões por KM em 1995;
- b) queda no custo para a construção de ferrovias, de US\$54 milhões por KM para US\$26 milhões por KM;
- c) queda no custo estimado para a construção de um novo terminal de aeroporto, de US\$3.2 bilhões para US\$1.3 bilhão;
- d) queda geral média de preços em licitações e contratos públicos de 40% a 50% após a Operação Mãos Limpas.

Do mesmo modo ao realizado na Itália, o Tribunal de Contas da União (TCU) já realizou um estudo para apurar os efeitos da corrupção e do cartel das empresas no âmbito dos contratos realizados pela Petrobras.

Como se sabe, o cerne das investigações procedidas no âmbito da Operação Lava Jato refere-se à atuação do cartel¹¹⁷ formado entre as principais empreiteiras¹¹⁸ do país que

¹¹⁵ Como se sabe, a Operação Mãos Limpas ocorreu no início da década de 90, na Itália, e inspirou as investigações procedidas na Operação Lava Jato. A investigação teve início no ano de 1992, após a prisão de um agente público de médio escalão no município de Milão. A utilização de mecanismos de cooperação, como acordos de colaboração premiada, levou as investigações a patamares sem precedentes, gerando uma espécie de efeito dominó. Constatou-se um grave esquema de corrupção sistêmica, uma simbiose entre políticos, burocratas e empresários por meio da qual construíram mecanismos de perpetuação no poder e enriquecimento ilícito em detrimento do bem comum. Para maiores detalhes, ver: BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

¹¹⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016, p. 95.

¹¹⁷ Segundo o Anexo I da Resolução nº 20/1999 do CADE, “*cartéis - acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio*”. (BRASIL. CADE. Resolução nº 20/1999. Anexo I).

¹¹⁸ Segundo disposto na Tomada de Contas nº 016.119/2016 em trâmite no TCU, baseando-se em informações fornecidas pelo CADE, o cartel das empresas atuantes na Petrobras organizou-se em duas fases. Inicialmente, integravam o cartel as empresas do denominado “Clube dos 9”, quais sejam: a) Camargo Corrêa; b) Construtora Andrade Gutierrez S/A; c) Construtora Norberto Odebrecht S/A; d) Mendes Júnior Trading e Engenharia; e) MPE Montagens e Projetos Especiais S/A; f) Promon S/A; g) Setal/SOG Óleo & Gás; h) Techint Engenharia e Construção S/A e; i) UTC Engenharia S/A. Em um segundo momento, passaram a fazer parte do cartel as seguintes empresas: a) Construtora OAS S/A; b) Engevix Engenharia; c) Galvão Engenharia S/A; d) GDK S/A; e) Iesa Óleo e Gás; f) Queiroz Galvão Óleo e Gás e; g) Skanska Brasil Ltda.

se utilizaram de estratégias como: a) o fornecimento de propostas fictícias ou de cobertura; b) supressão de propostas; c) propostas rotativas ou rodízio; d) divisão de mercado; e) subcontratação de membros do cartel, com a finalidade de obter vantagens indevidas em detrimento do patrimônio público.

A atuação do cartel na Petrobras confirmou o que a literatura *antitruste* já dispunha: que os cartéis se valem, como principal instrumento de formação e atuação, da corrupção de agentes públicos de modo a manter o controle e direcionar as licitações e contratos às empresas predeterminadas. Entretanto, o caso da Petrobras mostrou que não se tratava unicamente de uma corrupção administrativa, ou seja, dos burocratas responsáveis pelas licitações e contratos no âmbito da estatal, mas sim também de corrupção política, uma vez que os valores produto das vantagens indevidas concedidas aos burocratas eram direcionados a agentes políticos e a partidos, de modo a contribuir para a manutenção de poder. Ou seja, tratava-se de evidente caso de corrupção sistêmica¹¹⁹, marcada por um mutualismo existente entre o setor privado, burocracia e poder político.

Em estudo econométrico¹²⁰ destinado a avaliar os efeitos negativos decorrentes do cartel estabelecido no âmbito de contratações da Petrobras, o TCU identificou um quadro de preços com baixos descontos oferecidos nos contratos estabelecidos pela Diretoria de Abastecimento da Petrobras nos anos de 2000 a 2014. Nesse sentido, o TCU aferiu que a atuação do cartel reduziu em aproximadamente 17% o valor do desconto que poderia ser ofertado em um ambiente competitivo, valor este superior aos alegados 3% a 5% que supostamente foram pagos como propina aos agentes da estatal.¹²¹

Como visto, em razão dos graves efeitos decorrentes da prática de atos de corrupção no âmbito das contratações e licitações públicas, os principais instrumentos de direito

¹¹⁹ Em outro termo, conforme o utilizado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a Operação Lava Jato demonstrou a existência de uma corrupção-solapamento, a qual atinge o próprio fundamento último da legitimidade, seja da ação política ou da atividade administrativa. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A corrupção como fenômeno social e político*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em 18 de setembro de 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v185.1991.44482>.)

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 3.089/2015.

¹²¹ É certo que o referido estudo pode ser questionado, uma vez que busca aplicar uma solução idêntica para todos os contratos e, aparentemente, não se coaduna com as informações colhidas até o momento por meio dos acordos de leniência realizados, nos quais não foi admitida a prática de sobrepreço por parte das empresas.

internacional relativos ao combate e prevenção à corrupção estabelecem diretrizes para os países adotarem em seus sistemas de contratações públicas.

Nesse sentido, a Convenção da ONU (ou Mérida) sobre corrupção estabelece, em seu artigo 9.1¹²², critérios para as contratações públicas que devem ser observados pelos países signatários referentes à transparência, competência e objetividade na adoção de decisões. Ou seja, são previstas as condições mínimas para o desenho institucional de um sistema de licitações e contratos públicos a fim de se prevenir a corrupção.

É certo que Brasil atende ao mínimo disposto na Convenção de Mérida, uma vez nosso ordenamento jurídico possui a característica de dispor, de forma bastante detalhada, todos os procedimentos relativos às licitações e contratações públicas. Aliás, tal característica peculiar será objeto de análise em seção própria, uma vez que tal detalhamento não decorre de fato de uma preocupação de prevenir a corrupção no âmbito das contratações

¹²² ONU. Convenção de Mérida.

“Artigo 9

Contratação pública e gestão da fazenda pública

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas:

- a) A difusão pública de informação relativa a procedimentos de contratação pública e contratos, incluída informação sobre licitações e informação pertinente ou oportuna sobre a adjudicação de contratos, a fim de que os licitadores potenciais disponham de tempo suficiente para preparar e apresentar suas ofertas;
- b) A formulação prévia das condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação;
- c) A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos;
- d) Um mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo;
- e) Quando proceda, a adoção de medidas para regulamentar as questões relativas ao pessoal encarregado da contratação pública, em particular declarações de interesse relativo de determinadas contratações públicas, procedimentos de pré-seleção e requisitos de capacitação.

2. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará medidas apropriadas para promover a transparência e a obrigação de render contas na gestão da fazenda pública. Essas medidas abarcarão, entre outras coisas:

- a) Procedimentos para a aprovação do pressuposto nacional;
- b) A apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos;
- c) Um sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente;
- d) Sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e controle interno; e
- e) Quando proceda, a adoção de medidas corretivas em caso de não cumprimento dos requisitos estabelecidos no presente parágrafo.

3. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias nos âmbitos civil e administrativo para preservar a integridade dos livros e registros contábeis, financeiros ou outros documentos relacionados com os gastos e ingressos públicos e para prevenir a falsificação desses documentos.”

públicas, mas sim de criar extensos procedimentos com objetivo de limitar o poder discricionário dos agentes públicos e criar barreiras à entrada de novos *players* ao mercado público de contratações.

2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Como exposto na presente Seção, a impossibilidade de se obter uma significação uniforme sobre a corrupção conduz à dificuldade de se estabelecer uma teoria sobre o tema, sendo que cada área do conhecimento adota uma posição diversa de acordo com o seu objeto de análise. Essa incerteza sobre a devida conceituação do termo corrupção induz à sua utilização no discurso político, de forma a subsidiar ataques entre adversários; na exploração do termo pela mídia, com objetivo de atingir os mais diversos fins; e na judicialização de condutas e temas comumente afeitos aos campos da moral e da política.

A corrupção no Brasil foi mais densamente estudada pela sociologia, a qual justificou a alta incidência do fenômeno no país por meio da teoria do patrimonialismo, sendo este decorrente de uma suposta imoralidade do brasileiro, herdada de uma tradição estamental do mundo ibérico. Por esta teoria, cujos expoentes foram SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA e RAYMUNDO FAORO, a tradição política brasileira não saberia respeitar a separação entre o público e o privado, inexistindo assim a devida separação entre os meios de administração, funcionários e governantes, sendo que estes explorariam os seus cargos em benefício privado.

Apesar de no Brasil a corrupção ter recebido maior atenção por parte da sociologia, em outros países, como nos Estados Unidos da América, a compreensão do problema da corrupção avançou a novos patamares e perspectivas, principalmente sob o enfoque político e econômico, abalizando-se na análise dos processos relacionados à modernização dos Estados e das sociedades bem como, no plano individual, sob o enfoque da incidência de mecanismos de incentivo e de dissuasão a práticas corruptas.

Pela perspectiva econômico-política, a corrupção foi analisada inicialmente em um plano macro, a partir da sua correlação com o desenvolvimento econômico dos países. Ou seja, a corrupção seria uma consequência natural do desenvolvimento econômico, sendo que esse fenômeno tenderia a se diluir conforme ocorresse a absorção dos valores modernos no

âmbito da sociedade em desenvolvimento. Assim, o ponto chave para um Estado passar de um estágio de “desenvolvimento” para o de “desenvolvido” seria a realização da dosagem entre a manutenção da autonomia da política (e conseqüentemente do próprio processo de modernização) e a normatização de condutas consideradas corruptas.

Entretanto, após a ocorrência de atos considerados corruptos no âmbito da vida política dos EUA na década de 70 do século passado, os estudos sobre a corrupção tomaram o caminho de analisar os aspectos atinentes aos mecanismos de incentivo e dissuasão a comportamentos corruptos. Isso decorreu porque a corrupção passou a ser estudada também como um comportamento humano, e não apenas como um fenômeno decorrente de processos de modernização dos países.

Essa mudança decorreu especialmente após a aproximação da teoria da escolha racional à criminologia, a qual anteriormente estava afeita a teorias biológicas e sociológicas como fundamentos para a explicação do comportamento criminoso. O estudo comportamental dos agentes, em especial sobre os elementos que incidem efeitos nas análises de custo-benefício para o ingresso ou não em alguma prática ilícita, tornou-se o foco dessa agenda de estudos da corrupção. Assim, naturalmente houve um afunilamento dos estudos de modo a entender os valores incidentes sobre a referida análise de custo-benefício antecedente à prática do ato ilícito, como fatores sociais e morais envolvidos.

A queda do bloco soviético e o rápido advento da globalização fizeram com que fosse iniciada uma grande pressão por parte dos Estados Unidos da América na instituição de mecanismos destinados a garantir a livre concorrência entre as empresas no mercado internacional. Essa pressão não se deu apenas pelo poderio econômico dos Estados Unidos, mas também foi construída por meio de bases teóricas, com a propagação do entendimento de que a corrupção seria um entrave ao desenvolvimento dos países, discurso diverso do adotado na década de 60 por meio dos teóricos da teoria da modernização, os quais defendiam que a corrupção era uma decorrência do próprio processo de desenvolvimento.

As bases teóricas dessa propagação do combate à corrupção de modo globalizado são questionáveis, uma vez que se fundamentam em estudos baseados em índices de percepção, os quais, em nossa visão, possuem grandes fragilidades e servem muito mais para avaliar a qualidade das instituições de um país do que propriamente medir a corrupção.

O ponto atual de questionamento relaciona-se a um desvirtuamento da utilização do discurso anticorrupção por parte dos EUA de modo a exercer domínio sobre o mercado

global, valendo-se de sua potencialidade econômica e sua jurisdição com a finalidade de impor sanções e aumentar os custos de produção de empresas estrangeiras. Dessa forma, tão importante quanto estabelecer meios de enfrentamento da corrupção de modo global é saber os limites da utilização desses mecanismos, de modo a evitar que passem a atender interesses meramente econômicos de países desenvolvidos.

Para isso, é imprescindível que o direito, em especial o direito sancionador, estabeleça parâmetros mínimos para a análise da corrupção, análise esta que não pode se dar da mesma forma que a realizada por outros sistemas, como o social e o econômico, sob o risco de se colocar em cheque direitos e garantias fundamentais em troca de uma suposta eficiência no combate à corrupção. Assim, na seção seguinte será exposto um possível modelo teórico para a análise da corrupção no plano jurídico, com especial destaque para o direito sancionador.

3. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA CORRUPÇÃO E SEU ENFRENTAMENTO NO ÂMBITO DO DIREITO SANCIONADOR

A presente Seção, inicialmente, cuidará de enquadrar a corrupção no campo jurídico por meio do estabelecimento de um modelo teórico de análise do fenômeno para, posteriormente, verificar a sua aplicabilidade na área do direito sancionador a fim de buscar uma racionalidade sistêmica para o tratamento do tema.

3.1 ENQUADRAMENTO DA CORRUPÇÃO NO CAMPO JURÍDICO E UM POSSÍVEL MODELO TEÓRICO DE ANÁLISE

Como visto na Seção anterior, o fenômeno da globalização econômica pautou a agenda de estudos relacionados à corrupção de modo a estabelecer padrões ocidentais, especialmente dos EUA, como modelos a serem seguidos pelos demais países, chegando a caracterizar o direito sancionador como verdadeira *Lex Mercatoria*, destinada à regulação do mercado internacional.

É certo que a globalização não afetou unicamente os estudos sobre a corrupção, mas também impulsionou um repensar na própria teoria do direito. Como bem ressalta CELSO FERNANDES CAMPILONGO, o advento da globalização conduziu ao questionamento sobre a relação do direito formalmente válido com a vida de populações tão diversas e fragmentadas, o que fez acender o debate¹²³ sobre os modelos teóricos de Kelsen e Ehrlich, bem como induziu ao pensamento de novas teorias, como a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.¹²⁴

¹²³ “Para Kelsen, a resposta está centrada, em termos científicos, no exame da unidade das formas jurídicas, ainda que seu cosmopolitismo jurídico aponte para a prevalência do direito internacional e para a ideia do “Estado mundial”. Para Ehrlich, ao contrário, só o exame da pluralidade das experiências jurídicas concretas oferece soluções satisfatórias. Por que essa controvérsia – que, no início do século, foi considerada amplamente vencida por Kelsen, relegando Ehrlich e a própria sociologia jurídica a um posto secundário – ressurgiu em tempos de globalização? A postura de cada um deles responde à questão. Enquanto Kelsen identifica o direito com o Estado, Ehrlich separa as duas coisas. Abre-se espaço, na construção de Ehrlich, ao direito elaborado pelos juízes pelos juristas e, principalmente, pela sociedade.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.)

¹²⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 138-140.

Conforme ensina CAMPILONGO, para Luhmann, o sistema jurídico é, simultaneamente, aberto em termos cognitivos, e fechado em termos operacionais, uma vez que:

[...]o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p.ex., econômico, político, científico etc.) e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre em função do direito, e não da arquitetura do sistema normativo. A globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função.¹²⁵

Assim como o fenômeno da globalização, o fenômeno da corrupção produz complexidade e aumenta a interdependência do sistema jurídico em relação ao seu ambiente externo, uma vez que induz uma grande quantidade de influxos oriundos dos demais sistemas (principalmente o social), os quais demandam uma resposta jurídica (geralmente proibitiva/sancionatória) a comportamentos inéditos ou que se tornaram indesejáveis diante da absorção de novos valores pela sociedade.

Entretanto, apesar de o sistema jurídico estar sempre aberto cognitivamente aos influxos dos demais sistemas, como bem alerta CAMPILONGO, não pode, sob pena de se desfigurar como sistema, abandonar sua estratégia específica de operação fechada no código direito/não direito, lícito/ilícito.¹²⁶

Ocorre que este é justamente o problema ocasionado quando o tema da corrupção atua como causa dos influxos decorrentes dos demais sistemas ao sistema jurídico, uma vez que, por características particulares¹²⁷ do fenômeno, a atividade jurisdicional, não raro, atua

¹²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

¹²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

¹²⁷ Dentre as características peculiares que tornam os ilícitos relacionados à corrupção um desafio para a atividade jurisdicional, certamente a dificuldade probatória para a caracterização das condutas é a mais relevante. Nesse sentido, bem ressalta GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “[a] prova da corrupção ativa (e também da passiva) é um dos mais complexos problemas existentes, na prática, nos processos dessa natureza. A dificuldade abrange tanto a materialidade – prova da existência do delito – quanto a autoria. Afinal, é um crime

de forma a esvaziar direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição a fim de buscar uma maior “efetividade” ao processo sancionador. Tal fato causa uma disfuncionalidade no próprio sistema jurídico, que passa a operar de forma aberta, principalmente por meio das normas¹²⁸ compostas de conceitos jurídicos indeterminados¹²⁹, o que, por consequência, produz indevida interferência nos demais sistemas, principalmente no econômico e no político.¹³⁰

Nesse sentido, é comum encontrar teses jurídicas que defendem a abertura operacional do sistema jurídico em casos de corrupção. Tome-se como exemplo a tese de LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO, a qual se utiliza da metodologia de aproximar o conteúdo obtido pelas ciências sociais em relação ao tema da corrupção à esfera jurídica:

Na concepção metodológica que inspira esse trabalho, as ciências sociais possuem a função de fornecer subsídios sobre como a corrupção se manifesta: embora o direito possa julgar a corrupção perante os tribunais, encontra-se fora do seu objeto de estudo principal investigar outros aspectos do fato corrupção. Assim, não é objeto *a priori* do direito relacionar o fato corrupção com as práticas entre os partidos políticos, as percepções sobre o espaço público-privado e os seus danos econômicos. Entretanto, essas informações precisam ser conhecidas e manipuladas, caso se deseje construir um trabalho jurídico ligado à realidade. Para que haja uma seleção de

tipicamente camuflado, sem nenhuma visibilidade – como ocorre com os chamados *delitos de sangue*”. (*Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.)

¹²⁸ Esse fenômeno pode ser percebido principalmente a partir da análise de normas que foram instituídas como resposta a graves casos de corrupção, como o artigo 11 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que dispõe que configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Ou seja, a norma abaliza-se em diversos conceitos jurídicos indeterminados que possibilitam a abertura operacional do sistema jurídico a influxos oriundos de outros sistemas, como o social, sendo que o julgador, por meio do direito sancionador, poderá basear sua decisão em normas sociais (ou valores morais) que reprimam ou absolvam a conduta questionada.

¹²⁹ Entende-se conceitos jurídicos indeterminados como sendo “fórmulas elásticas, assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade etc.” (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p.70)

¹³⁰ “O importante é salientar, mais uma vez, que, na sociedade moderna, democracia é sinônimo de manutenção de elevada complexidade e pressupõe a diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema político. Por isso, o processo de ampliação dos poderes do juiz, de um lado, e as tentativas de implantação da súmula vinculante, de outro, ao transferirem para o sistema jurídico critérios operativos da política (em termos de liberdade, rapidez e amplitude dos vínculos decisórios), expõem os dois sistemas a uma “desdiferenciação” incompatível com a democracia e a complexidade moderna. São típicos de uma modernidade periférica, pois violam o caráter autopoietico dos dois sistemas e reforçam impedimentos recíprocos.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.)

qual melhor *de lege ferenda* a ser transformada em *de lege nata*, o confinamento aos limites do formalismo jurídico é insuficiente.

Isso significa dizer que os dados obtidos pelas ciências sociais não devem e não podem ser considerados mero *ex cursus* em relação ao método adotado. Essa ressalva é importante, pois grande parte dos trabalhos produzidos sobre corrupção a partir dos anos 1990 tende a não dar a necessária ênfase multidisciplinar ao fato corrupção. A perfeita compreensão do fato corrupção nos mais variados aspectos ajuda a definir melhor seus contornos na regulamentação jurídica, bem como suas causas e seus pontos vulneráveis. Esses dados permitem desenhar estratégias de combate à corrupção que sejam consistentes com a realidade brasileira.¹³¹

De fato, não se nega a importância da multidisciplinariedade à análise do fenômeno da corrupção, principalmente para que as contribuições dos demais sistemas possam auxiliar no desenvolvimento do desenho institucional mais adequado ao enfrentamento do problema. Entretanto, na esfera jurídica, a corrupção, como um comportamento reprovável e que deve ser reprimido do meio social, sempre será objeto de análise do direito sancionador, sendo que, nesta seara, o formalismo jurídico é relevante e imprescindível para legitimação do processo e resguardo de direitos e garantias fundamentais, especialmente em relação ao direito administrativo, o qual possui fórmulas mais abertas do que as do direito penal, o que traz grandes problemas quando se pretende operacionalizar o sistema jurídico com fundamento em conceitos utilizados por outros sistemas.

Esses problemas são encontrados na própria tese de PAGOTTO, quando este realiza uma classificação tipológica de comportamentos corruptos, em especial, quando expõe o clientelismo como forma de corrupção:

[...].Num regime democrático, a indicação de apoiadores para ocupar cargos da administração pública até pode ser considerada como um mecanismo legítimo: na medida em que um partido político se sagra vitorioso nas eleições, as suas propostas e ideias precisam ser implementadas e, para tanto, a indicação dos apoiadores para os cargo-chave do Estado é esperada. Todavia, essa prática pode caracterizar um tipo de corrupção se a quantidade de cargos a distribuir for elevada e se a partilha deles não obedecer a critérios técnicos mínimos, perdendo-se na

¹³¹ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 175. doi:10.11606/T.2.2010.tde-21112011-103454. Acesso em 22 de outubro de 2017.

mera barganha por cargos. Sob essas circunstâncias, o que é legítimo na democracia pode ser caracterizado como corrupção.¹³²

Diante do problema colocado, seria possível o Poder Judiciário caracterizar um ato considerado legítimo em um ambiente democrático como um ato de corrupção? Quais os critérios para se definir se muitos cargos foram distribuídos a pessoas sem capacidade técnica, e o que seria, objetivamente, a referida capacidade técnica? É certo que o proposto pelo autor adentra a uma subjetividade incompatível com a operacionalidade do sistema jurídico, o que gera, dentre outros problemas, uma indevida interferência no sistema político.¹³³

Este é um dos problemas em se tentar jurisdicionalizar conceitos de outros sistemas sem existir qualquer base legal para tanto. Ressalte-se que sequer há, no âmbito das ciências sociais, consenso sobre o que seja corrupção, sendo muito comum a utilização de uma conceituação extremamente ampla¹³⁴ a fim de permitir o enquadramento de atos e condutas como corruptos à medida em que evoluam os comportamentos e as práticas sociais.

¹³² PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 179-180. doi:10.11606/T.2.2010.tde-21112011-103454. Acesso em 22 de outubro de 2017.

¹³³ Tem sido cada vez mais comum o questionamento da obtenção de apoio político por meio da nomeação de cargos no governo. Nesse sentido, segue trecho da denúncia oferecida pela Procuradoria Geral da República nos autos do Inquérito nº 4.325/DF: “Nesse sentido, LULA, de 2002 até maio de 2016, foi uma importante liderança, seja por que foi um dos responsáveis pela constituição da organização e pelo desenho do sistema de arrecadação e propina, seja por que, na qualidade de Presidente da República por 8 anos, atuou diretamente na negociação espúria em torno da nomeação de cargos públicos com o fito de obter, de forma indevida, o apoio político necessário junto ao PP e ao PMDB para que seus interesses e do seu grupo político fossem acolhidos no âmbito do Congresso Nacional. Acrescente, ainda, que, mesmo após a sua saída da Presidência da República, LULA continuou a exercer liderança do núcleo político da organização até maio de 2016, em razão da forte influência que exercia sobre a então Presidente DILMA. Contudo, com a reformulação do núcleo político da organização criminosa, a partir de maio de 2016, os integrantes do PMDB da Câmara passaram a ocupar esse papel de destaque dentro da organização.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº. 4.325/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/09/DENUNCIA-QUADRILHAO.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.)

¹³⁴ “A maioria dos estudiosos cria categorias para definir comportamento corrupto. Muitos se apoiam em leis e em outros dispositivos formais, dada a relativa precisão e estabilidade desses expedientes para a identificação de atos corruptos (ver, por exemplo, Nye, 1967: 417; Scott, 1972, capítulo 1). Os críticos respondem afirmando que em muitas sociedades a lei carece de legitimidade e de aplicação consistente, que os legalismos pouco esclarecem a relevância social do comportamento e que a opinião pública ou os padrões culturais são os melhores para a formulação de definições realistas (Gibbons, 1988; Peters e Welch, 1978). Ainda assim há quem defenda o método de classificação de comportamento em si, encarando a saúde moral da sociedade, de um modo geral, como a principal questão para a definição de corrupção (Dobel, 1978; Euben, 1978; Modie, 1980; Philp, 1987; Thompson, 1993). Em face do exposto, definirei ‘corrupção’, de forma ampla, como o abuso

Ocorre que não basta que eventual comportamento seja caracterizado como corrupto pela opinião pública para que, automaticamente, decorram consequências jurídicas, principalmente na seara do direito sancionador, no qual o princípio da legalidade tem por escopo não apenas manter fechada a operacionalidade do sistema jurídico, mas também resguardar direitos e garantias fundamentais.¹³⁵

Alguns cientistas sociais já perceberam que a definição de corrupção em termos muito amplos gera consequências negativas, especialmente na esfera jurídica, dentre elas a judicialização da política. Nesse sentido, os italianos DONATELLA DELLA PORTA e ALBERTO VANNUCCI aduzem que existem diferentes tipos de ilícito e disfuncionalidades nos âmbitos político e administrativo, sendo que a corrupção é apenas uma delas. Assim, a adoção de uma concepção muito ampla de corrupção acaba por absorver situações que não podem ser enquadradas como corrupção (como má-administração). De modo a evitar as consequências negativas de uma conceituação ampla de corrupção, os autores se utilizam do esquema agente-principal (ou teoria da agência) para conceituar e analisar o fenômeno.¹³⁶

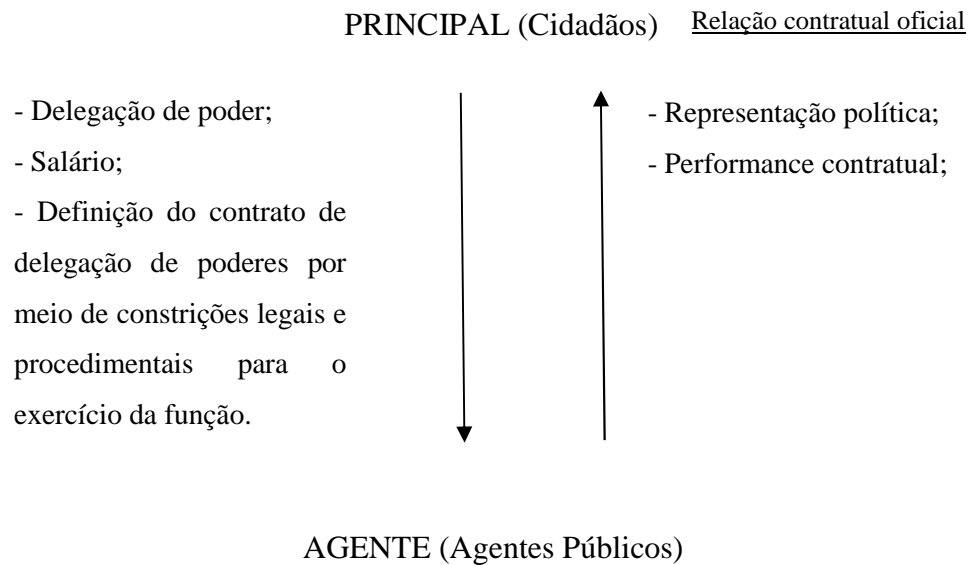
Analisando a Administração Pública em um Estado Democrático de Direito por meio da teoria da agência, o *principal* (que no caso são os cidadãos) delega poderes ao *agente* (no caso, os agentes públicos, sejam eles agentes políticos ou servidores públicos) para que, em nome daquele, tome decisões de interesse público e pratique diversos atos para

de funções ou de recursos públicos, ou como o uso de meios ilegítimos de influência política por membros das esferas pública e privada” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia política da corrupção*. In ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília: UNB, 2002, pp. 51-52.)

¹³⁵ Há uma diferença substancial entre imoralidade e corrupção, sendo que as ciências sociais costumam equiparar os dois conceitos, o que não pode ser feito na esfera jurídica. Embora todo ato de corrupção possa ser considerado imoral, nem todo ato imoral é um ato de corrupção. Essa distinção possui significativa relevância para o direito administrativo, conforme será demonstrado na subseção 3.3.1.

¹³⁶ “In the social sciences, in parallel with the growing interest in topic of corruption, there has been an animated debate on the very definition of the phenomenon. True, there is a broad consensus conceptualizing (political and bureaucratic) corruption as an abuse by a public agent: ‘corruption is commonly defined as the misuse of public power for private benefits’ (Lambsdorff 2007: 16). However, the problem of singling out the standards against which this violation can be assessed remains open to discussion: formal norms, public interests, and public opinion standards being among these standards. Moreover, the abuse of entrusted power for private gains can assume different forms and contents. Besides corruption in a stricter sense, embezzlement, favoritism, nepotism, clientelism, vote-buying, fraud, extortion, or maladministration are often used as synonymous or corresponding terms to describe corrupt relationships involving public administrators. In our perspective, however, there is a risk of concept-stretching in the adoption of a similar ‘almost all-encompassing’ definition of corruption. To avoid (or at least reduce) this, we believe it better to differentiate the basic constitutive components of corruption by adopting a principal-agent scheme. There are different kinds of illicit, dysfunctional, or malfunctioning operations within the political and administrative realm, and corruption is but one of them.” (PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institucional approach*. New York: Routledge, 2016, pp. 3-4.)

administrar os seus interesses. Essa delegação de poderes se dá por meio de contratos, os quais podem assumir uma diversidade de tipos (mandato eleitoral; estatutário; celetista etc..). Essa relação pode ser exemplificada por meio do seguinte esquema:

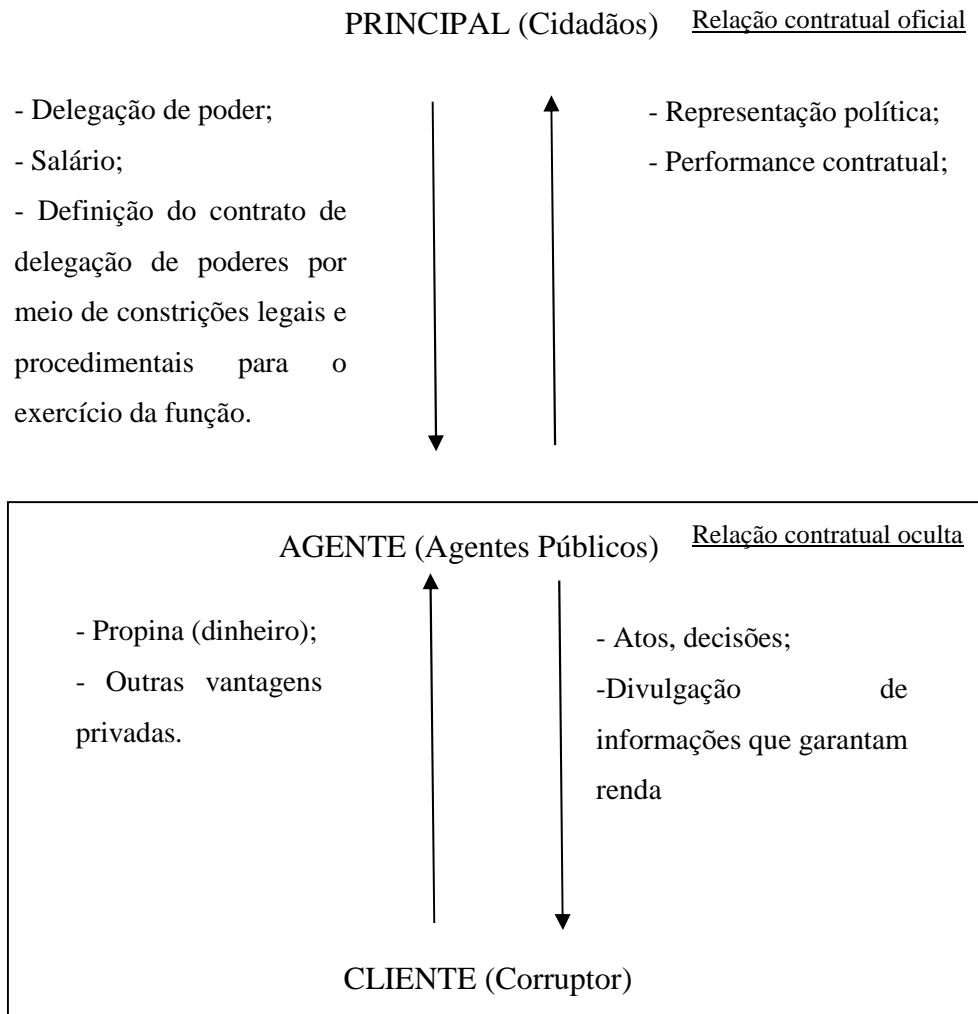


Para evitar que o *agente* se utilize do poder delegado para agir em benefício de interesses privados que não coincidam com os interesses do *principal* (no caso o interesse público), este se utiliza de regras e procedimentos que limitam a atuação discricionária do agente, bem como desenvolve vários mecanismos de controle (legal, administrativo, social e político) de forma a diminuir a assimetria de informações entre as duas partes e prevenir conflitos de interesses, bem como define sanções a serem aplicadas ao *agente* no caso de abuso do poder concedido. Dentre estas restrições, está a vedação ao recebimento de qualquer tipo de vantagem por parte de terceiros para o cumprimento das tarefas delegadas pelo *principal*, uma vez que isso poderia implicar no desvirtuamento da ação do *agente* em detrimento do interesse do *principal*. Assim, por esta teoria, a ilegalidade é um atributo essencial ao ato de corrupção.¹³⁷

Em razão da multiplicidade de tarefas delegadas pelo *principal* ao *agente*, é impossível a definição detalhada no contrato de todos os mecanismos da relação estabelecida entre estes, bem como dos meios pelos quais o *agente* irá cumprir com as suas missões. Assim, abre-se o campo para o *agente* utilizar-se do poder delegado para obter benefícios privados por meio da celebração de um contrato oculto com uma terceira parte (*cliente*), por

¹³⁷ PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institutional approach*. New York: Routledge, 2016, p. 4.

intermédio do qual serão regidas as relações corruptas, conforme é possível verificar a seguir¹³⁸:



Por esta lógica estabelecida pela teoria da agência, a corrupção é um jogo de no mínimo três jogadores, no qual um contrato ilegal e invisível é celebrado entre o *cliente* e o *agente*, por meio do qual induz este a se afastar das leis e normas impostas pelo contrato celebrado com o *principal*, em troca de benefícios como dinheiro ou outras utilidades, para assim atuar em favor de interesses do *cliente* e em desfavor do *principal*.

Este contrato celebrado entre o *agente* e o *cliente* gera direitos de propriedade sobre as rendas que são criadas por meio da relação comercial estabelecida. As rendas podem ser criadas das mais diversas formas, como exemplo, a aquisição de bens e serviços com

¹³⁸ PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institucional approach*. New York: Routledge, 2016, p. 5.

sobrepreço ou superfaturados (o que permite o pagamento de propina por meio do *kickback*); venda de bens públicos a preços menores que o de mercado, dentre outras. Desse modo, por meio dessa transação oculta, o *agente* e o *cliente* dividem os seus direitos de propriedade, sendo que o *agente* (corrupto) recebe a parte da renda gerada pelos seus serviços (decisões, informações privilegiadas, proteção) por meio de alguma vantagem (geralmente dinheiro) concedida pelo *cliente*.

Essa visão da corrupção como uma transação comercial decorrente de um contrato é interessante porque permite a análise da mecânica e fluidez dos atos corruptos. A corrupção assim passa a ter um caráter institucional, com divisões estruturais e sistemas normativos próprios¹³⁹. Isso porque, sendo um contrato oculto e ilícito que gera direitos de propriedade, as partes (*agente* e *cliente*) não podem se valer dos meios legais para executar os seus direitos contratuais. Assim, são criadas estruturas de governança para garantir o cumprimento (*enforcement*) dos termos do contrato, os quais geram custos de transação que, por certo, são muito mais elevados do que os oriundos das transações comerciais realizadas nos mercados legais.

Por uma questão lógica, ao se adotar a teoria da agência como um modelo de análise da corrupção, exclui-se do conceito atos e comportamentos geralmente considerados como corruptos em uma conceituação ampla, como peculato, concussão, clientelismo e má gestão. Isso porque, embora nestes casos haja um abuso da confiança do *principal* pelo *agente*, não há uma relação negocial estabelecida com um terceiro.¹⁴⁰

¹³⁹ Pode-se dizer que, em razão da impossibilidade de executar o referido contrato por meio das instituições legais, há necessidade de uma atuação ‘ética’ entre o *cliente* e o *agente*, de modo que a confiança entre as partes é um dos mecanismos que viabilizam a continuidade da relação corrupta. Nesse sentido, para ilustrar o sentimento de propriedade oriundo dessa relação contratual, ressalte-se a fala de Lúcio Funaro a respeito do suposto não pagamento de propinas por parte de Joesley Batista (controlador da J&F) referentes à liberação de recursos por parte da Caixa Econômica Federal para a aquisição da empresa Alpargatas: “Se ele fosse me pagar o que roubou, porque ele é um ladrão, seriam R\$81 milhões. Ele roubou de mim, do deputado Eduardo Cunha, do [ex-ministro], Geddel de Vieira Lima, só de Alpargatas, seriam R\$81 milhões”. (FABRINI, Fábio. *Funaro chama Joesley de ladrão por não pagar propina acertada*. Folha de S. Paulo, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1931804-funaro-chama-joesley-batista-de-ladrao-por-nao-pagar-propina-acertada.shtml>>. Acesso em 31 de outubro de 2017.)

¹⁴⁰ “In this perspective, we can better distinguish corruption from other political misdeeds. Vote-buying, when illegal as in most states, is a subspecies of corruption in which the agent is the citizen in his public role as elector, selecting the people’s representatives, while the briber is the candidate – or the party – who purchases his vote in exchange for money or other valuable resources. Other activities, on the contrary, should not to be confused with corruption. In case of embezzlement, fraud, or conflicts of interest, for example, the agent also abuses the trust of principal; however, there is no third party involved. In extortion there is not an exchange of rents but rather the use of (physical or psychological) coercion to obtain resources for a private actor. In favoritism and nepotism, a ‘client’ (who can be a relative) pushes the agent not to comply with his duties toward his principle, but the relationship is generally not overtly illegal – even when morally blameworthy and

Em nosso entender, a teoria da agência é o melhor modelo para se analisar a corrupção no plano jurídico, uma vez que contribui para manter a operacionalidade fechada do sistema, bem como pode ser utilizada para a compreensão do problema do âmbito privado (ainda não previsto pela legislação brasileira). Isso não significa que condutas excluídas do conceito de corrupção por meio da análise realizada com base na teoria da agência deixarão de ser sancionadas pelo direito, mas sim que não poderão ser classificadas como corrupção, o que, por si só, já auxilia no afastamento de discursos políticos e/ou ideológicos do âmbito do direito sancionador.

Assim, com fundamento nessa perspectiva teórica de análise, a seguir discorreremos sobre o *locus* da corrupção no âmbito dos direitos penal e administrativo.

3.2 A CORRUPÇÃO NO DIREITO PENAL

O termo “corrupção” é utilizado em sua acepção ampla pelo Código Penal de modo a designar uma grande variedade de crimes como: corrupção ou poluição de água potável (artigo 271); corrupção de substância ou produto alimentício (artigo 272); corrupção de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273), ou seja, o termo é utilizado com o significado de deterioração, o que propriamente não é a ideia de corrupção objeto de análise no presente estudo.

Pode-se localizar a corrupção, sob o prisma de uma relação contratual¹⁴¹, no crime de advocacia administrativa¹⁴², no qual há o patrocínio indevido, por agente público, de

therefore not public – and, especially, no tangible resource is exchanged: deference, gratitude, and informal future obligations within familiar, political, or personal networks are at stake here. In clientelism, finally, the relationship is also generally not illegal, while the resources offered by the ‘client’ are often political support or votes” (PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institutional approach*. New York: Routledge, 2016, pp. 7-8.)

¹⁴¹ Como mencionado anteriormente, a teoria da agência conduz à análise da corrupção pelo sistema jurídico como um negócio contratual, no qual é necessário a participação de mais de uma pessoa. Nesse sentido, “[a] palavra corrupção é formada por dois elementos: ruptura e co. Começamos por este. Para haver corrupção, é preciso que haja pelo menos dois. Não há corrupção solitária, no isolamento. O mesmo acontece com *co-munhão*, *co-presença* ou *co-habitação*. Necessariamente, indicam a presença de dois ou mais agentes em relação. Assim, toda corrupção é necessariamente uma operação orquestrada, conjunta, em reunião.” (BARROS FILHO, Clóvis; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção. Parceria degenerativa*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014, p. 23.)

¹⁴² BRASIL. Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Advocacia administrativa. “Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

interesses privados perante a Administração Pública. No caso, não há a expectativa e a efetiva prática de um ato de ofício por parte do agente público (elemento diferenciador do tipo corrupção), mas sim a utilização das facilidades que a qualidade de agente público lhe proporciona de modo a patrocinar interesses privados perante a Administração.

Ainda, é possível encontrar a ideia de corrupção no crime de tráfico de influência¹⁴³, o qual pode ser caracterizado como um estelionato a pretexto de influir na Administração Pública, sendo que o agente público também pode ser sujeito ativo no crime¹⁴⁴. Neste caso é interessante observar que há um vício (reserva mental) no próprio contrato ilícito estabelecido entre o *cliente* e o *agente*, uma vez que este atua, como conceitua a doutrina, em “jactância enganosa, gabolice mendaz ou bazófia ilusória”¹⁴⁵. Há, por parte do *cliente* uma ilusão de que está cometendo crime de corrupção ativa, quando, na verdade, está sendo vítima secundária¹⁴⁶ de tráfico de influência.

Destaque-se a existência de outras previsões na legislação penal extravagante que, apesar de não se utilizarem do termo “corrupção”, enquadram-se na visão contratual do

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.
Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:
Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.”

¹⁴³ BRASIL. Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Tráfico de Influência.
“Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.”

¹⁴⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v. 3, p. 363.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

¹⁴⁶ “Vítima secundária também é a pessoa que pretende ‘comprar’ o prestígio que o sujeito ativo diz ter. Quanto a este, embora sua conduta seja imoral, por pretender satisfazer a um fim através de influência de terceiro, não é ele co-autor ou partícipe, pois está adquirindo influência inexistente. Supõe ele que está praticando crime de corrupção ativa, que somente existirá se houver realmente influência efetiva sobre o funcionário. Há, na hipótese, crime putativo quanto à participação na corrupção ativa.” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v. 3, p. 363.)

delito, como a previsão constante no artigo 299¹⁴⁷ do Código Eleitoral, e no artigo 90¹⁴⁸ da Lei nº. 8.666/93.

É certo, no entanto, que a noção diretriz do conceito de corrupção é estabelecida no Código Penal, no rol dos crimes contra a Administração Pública, em especial os crimes de corrupção passiva¹⁴⁹ e corrupção ativa¹⁵⁰, ambos de natureza formal (não prescindem do resultado para sua consumação), dolosos, sendo o bem jurídico tutelado a Administração Pública, em seus aspectos patrimonial e moral¹⁵¹.

A distinção entre os dois tipos de corrupção, a passiva caracterizada pelo funcionário público corrompido, e a ativa, referente à atuação do corruptor, encontra justificativa de modo que seja afastada a indispensável bilateralidade¹⁵² do delito, ou seja, a

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº. 4.737/1965. Código Eleitoral. Corrupção eleitoral.

“Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.”

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº. 8.666/1993.

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Corrupção passiva.

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

¹⁵⁰ BRASIL. Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Corrupção ativa.

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

¹⁵¹ Em razão da legislação penal também tutelar a Administração Pública em relação ao seu aspecto moral, alguns autores entendem que o bem jurídico tutelado transcende à própria Administração, uma vez que “[o] bem jurídico protegido pelos tipos penais que tratam do crime de corrupção tem, portanto, caráter difuso. Este se caracteriza por ser fragmentado, como o direito do consumidor, o tráfico de entorpecentes etc. São interesses metaindividuais, que se apresentam num estado fluído, dispersos pela sociedade como um todo, caracterizando-se pela indefinição dos sujeitos atingidos, pela indivisibilidade do objeto, por sua transitoriedade ou transformação em razão da situação que os ensejou”. (LIVIANU, Roberto. *Corrupção – incluindo a Lei Anticorrupção*. 2ª. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 68).

¹⁵² Nesse sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI destaca que os delitos de corrupção (ativa e passiva) representam uma exceção à teoria monística, pela qual, segundo o artigo 29 do Código Penal, todos os agentes

sanção para cada uma das condutas independe da execução e comprovação mútua dos ilícitos:

Conquanto exista divergência doutrinária acerca do assunto, prevalece o entendimento de que, via de regra, os crimes de corrupção passiva e ativa, por estarem previstos em tipos penais distintos e autônomos, são independentes, de modo que a comprovação de um deles não pressupõe a do outro. Doutrina. Jurisprudência do STJ e do STF.¹⁵³

Não cabe na presente dissertação aprofundar a análise sobre todas as questões envolvendo os núcleos dos tipos de corrupção ativa e passiva, o que certamente é melhor realizado pela doutrina penalista. Entretanto, dois pontos merecem maior atenção em relação à caracterização dos crimes de corrupção: a) a *vantagem indevida* e; b) o *ato de ofício*.

3.2.1 A caracterização da vantagem indevida e do ato de ofício

Em relação à *vantagem indevida* necessária para a caracterização da corrupção, NELSON HUNGRIA assevera que deve refletir um caráter patrimonial, “(há de representar um *pretium no mercado* ou *compra e venda* do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade material(...)”¹⁵⁴. NUCCI aduz que existem interesses, mesmo os materialistas, que nem sempre giram em torno do dinheiro, como a conquista de títulos pessoais, o acesso a um clube fechado a sócios, dentre outros. Entretanto, o autor reconhece que a maioria das práticas relacionadas à corrupção possuem nítido conteúdo econômico.¹⁵⁵

que cometem determinada infração penal respondem por um único delito, cada qual na medida da sua culpabilidade. O legislador optou, no caso de corrupção ativa e passiva, utilizar-se da teoria pluralística, pelos seguintes motivos: “a) o legislador pode mensurar separadamente a pena do corruptor e do corrupto; b) didaticamente, insere-se a corrupção passiva no capítulo dos crimes do funcionário público contra a administração; coloca-se a corrupção ativa no capítulo do particular contra a administração pública; c) evita-se a discussão acerca da bilateralidade dos delitos.” (*Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 38.)

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 52.465/PE. 5ª Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em 23 de outubro de 2014.

¹⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 370.

¹⁵⁵ NUCCI. Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 17.

No que tange ao *ato de ofício*, este configura-se como sendo “a atribuição inerente à função pública, à esfera de realização do funcionário, algo que somente ele pode empreender – e não pessoa fora dos quadros administrativos. Pouco importa se o ato de ofício é lícito ou ilícito para fins de configuração da corrupção ativa”¹⁵⁶.

Em relação a este ponto, é importante ressaltar algumas confusões que são feitas, para a caracterização do crime de corrupção passiva, sobre a necessidade de haver a relação entre o fato imputado ao agente público e o desempenho concreto de ato de ofício pertencente à esfera de suas atribuições funcionais, confusões essas que decorreram especialmente após o julgamento da Ação Penal nº. 470 (referente ao caso denominado “mensalão”) pelo Supremo Tribunal Federal.

É correto afirmar que o tipo do artigo 317, *caput*, do Código Penal, que estabelece o crime de corrupção passiva, não dispõe em sua redação expressamente da necessidade de prática ou omissão de execução do ato de ofício para a caracterização do delito. Entretanto, a falta de menção expressa ao ‘ato de ofício’ no *caput* do artigo 317, do Código Penal, que a ele só se refere nos parágrafos 1º e 2º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional, uma vez que, como bem expõe JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

É indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a prática do ato tenha relação com a função do sujeito ativo (*ratione officii*). O ato ou abstenção a que se refere a corrupção deve ser da competência do funcionário, isto é, deve estar compreendido nas suas especificadas atribuições funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. Além disso, o pagamento feito ou prometido deve ser a contraprestação de ato de atribuição do sujeito ativo.¹⁵⁷

Caminhava exatamente nesse sentido a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, uma vez que entendia ser necessária uma correspondência entre o ato de ofício esperado pelo corruptor e aquele de possível prática pelo agente corrompido (deveria estar no rol de suas atribuições funcionais), tendo em vista que o ato de ofício seria o objeto da transação e do comércio estabelecido na relação de corrupção, conforme se verifica no

¹⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

¹⁵⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v. 3, p. 307.

seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello, extraído da Ação Penal nº. 307, por meio da qual o ex-presidente Fernando Collor foi absolvido da acusação de corrupção passiva:

Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, caput, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de seu ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais –, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática de delito de corrupção passiva.

Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, caput, do Código Penal, é de rigor, ante a indispensabilidade que assume esse pressuposto essencial do preceito primário incriminador consubstanciado na norma penal referida, a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida, com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.¹⁵⁸

Entretanto, após o julgamento da Ação Penal nº. 470, diversas vezes passaram a entoar¹⁵⁹ que não seria mais necessária a relação entre o ato de ofício esperado pelo corruptor e aquele de possível prática pelo agente corrompido, bastando apenas, para configurar o ilícito, a solicitação, o recebimento ou a aceitação de promessa de vantagem indevida. Em nosso ver, não houve qualquer alteração¹⁶⁰ substancial da jurisprudência do STF em relação a este ponto, conforme inclusive esclarece o Min. Celso de Mello em seu voto referente ao Item VI da denúncia:

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 12 de dezembro de 1994. Página 7 do voto do Min. Celso de Mello.

¹⁵⁹ Parece-nos que o discurso de que o Supremo Tribunal Federal alterou a sua jurisprudência no caso “mensalão” em relação aos elementos necessários para a caracterização do crime de corrupção passiva, dentre eles o ato de ofício, foi propositalmente capturado pela acusação, no sentido de tentar buscar uma flexibilização para a caracterização do delito e facilitar a condenação em outros casos, e pela defesa, com o objetivo de tentar deslegitimar o julgamento, sob o argumento de existir uma suposta incoerência com as decisões anteriores da Corte.

¹⁶⁰ O que de fato ocorreu foi uma certa flexibilização na apreciação das provas, principalmente por meio da utilização da denominada “teoria do domínio do fato”, caracterizada pela verificação da autoria de um delito por meio da análise de outras perspectivas que não a de materialidade estrita, como: a) a do domínio da ação; b) a do domínio de vontade; c) a do domínio funcional e d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Voto Min. Celso de Mello referente ao item VI da denúncia, p. 4.972. Sessão de 01 de outubro de 2012.)

Não constitui demasia enfatizar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, não está procedendo à revisão de sua jurisprudência nem alterando formulações conceituais já consolidadas nem flexibilizando direitos e garantias fundamentais, o que seria incompatível, absolutamente incompatível, com as diretrizes que sempre representaram, como ainda continuam a representar, vetores relevantes que orientam a atuação isenta desta Suprema Corte em qualquer processo, quaisquer que sejam os réus, qualquer que seja a natureza dos delitos.

[...]

Devo registrar, Senhor Presidente, no que concerne à questão do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva, tal como vem este delito definido pelo art. 317, “*caput*”, do Código Penal, e na linha do que fiz consignar em voto anterior proferido, neste caso, em 29/08/2012, que dele não se pode prescindir no exame da subsunção de determinado comportamento ao preceito de incriminação constante da norma penal referida.

[...]

Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, “*caput*”, do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – a existência de vínculo que associe o comportamento atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) à mera perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício pertinente ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público.

[...]

O eminente Relator, ao assinalar esse aspecto pertinente ao ato de ofício, afirmou-lhe a existência e confirmou a referência que a própria denúncia fez a esse elemento essencial de configuração do crime de corrupção passiva, vinculando-o, casualmente, à percepção de indevida vantagem e destacando, ainda, o reconhecimento de que houve prática efetiva, por parte dos réus em questão, dessa modalidade gravíssima de crime contra a Administração Pública.

Cabe reiterar, neste ponto, até mesmo para afastar dúvidas infundadas a respeito da matéria, nos exatos termos do voto que proferi na sessão plenária de 06/09/2012, que a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito do denominado “ato de ofício”, no julgamento da Ação Penal 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, permanece íntegra, não tendo sofrido qualquer modificação.

Uma simples análise comparativa entre a decisão plenária proferida na AP 307/DF e o presente julgamento revela que o Ministério Público, neste caso (AP 470/MG), ao contrário do que sucedeu no “*Caso Collor*”, formulou

acusação na qual corretamente descreveu a existência de um vínculo entre a prática de ato de ofício e a percepção de indevida vantagem.

Cumpra rememorar que, no já mencionado “Caso Collor”, o ex-Presidente da República foi absolvido com fundamento no artigo 386, III, do CPP (“não constituir o fato infração penal”) em razão da falha da denúncia, “por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido”.

No presente caso, ora em julgamento, o Ministério Público não incidiu na mesma falha, pois descreveu, de modo claro, a existência desse necessário liame entre o ato de ofício e o comércio da função pública por parte dos réus, tal como resulta claro da peça acusatória em questão.

Vê-se, portanto, que esta Corte mantém-se fiel à diretriz jurisprudencial que estabeleceu, em torno do “ato de ofício”, no precedente fundado no julgamento da AP 307/DF.¹⁶¹

Prossegue o Min. Celso de Mello expondo que, no caso do “mensalão”, o ato de ofício necessário à caracterização do crime de corrupção passiva consistiu em votação parlamentar estimulada pela promessa, ou pelo efetivo recebimento de vantagem indevida:

O ato de votação parlamentar, realizado, ou não, segundo o programa partidário da agremiação política, desde que estimulado pela promessa, mera promessa ou efetiva percepção de indevida vantagem, qualifica-se como típico ato de ofício para efeito de caracterização do crime de corrupção passiva, sendo irrelevante a licitude, ou não, do ato a ser praticado pelo agente venal.¹⁶²

Ou seja, verifica-se que o STF não alterou a sua jurisprudência sobre os requisitos necessários para a caracterização do crime de corrupção passiva, mas sim, na análise do caso em concreto, considerou que os parlamentares acusados realizaram o ato de ofício atinente às funções dos seus mandatos eletivos.

O ponto sensível do caso em questão é a caracterização da prática de um ato de ofício por parte de um agente político. Como se sabe, além das diferenças relativas aos meios de acesso aos cargos públicos (concurso/nomeação x eleição/nomeação), uma das principais

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Voto Min. Celso de Mello referente ao item VI da denúncia, p. 4.475 a 4.481. Sessão de 01 de outubro de 2012.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Voto Min. Celso de Mello referente ao item VI da denúncia, p. 4.591. Sessão de 01 de outubro de 2012.

distinções entre servidores públicos e agentes políticos consiste no plexo de atribuições e competências referentes ao exercício das suas funções.

Enquanto os servidores públicos possuem um rol de atribuições definidas na lei instituidora do cargo e da carreira, além de estarem submetidos às regras estatutárias ou trabalhistas, os agentes políticos estão subordinados¹⁶³ às amplas atribuições outorgadas pela Constituição Federal para o exercício de suas funções, as quais estão relacionadas à ideia de governo e de função política.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, com fundamento nas lições de Renato Alessi, discorre que “a função política implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade de soberania estatal”¹⁶⁴, sendo que, no âmbito do direito brasileiro, “exercem típicas atividade de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores”¹⁶⁵.

De fato, quando analisamos as funções dos agentes políticos, é bastante difícil precisar quais são suas atribuições, uma vez que seria equivalente a delimitarmos por meio de um rol taxativo as atividades relacionadas à função política. É certo que, no caso do “mensalão”, esta verificação tornou-se mais fácil uma vez que o ato de ofício objeto da mercancia estava precipuamente ligado às funções dos parlamentares, que é o ato de votação, no caso, destinado a beneficiar o governo, cujos integrantes haviam realizado promessa de vantagem indevida como contrapartida para que exercessem o referido ato de ofício em seu favor.

Entretanto, em outras hipóteses é extremamente difícil e subjetivo precisar se houve ou não a prática de um ato de ofício, uma vez que os agentes políticos não possuem funções

¹⁶³ Em razão da distinção da natureza das funções exercidas pelos servidores públicos e dos agentes políticos, estes se submetem a mecanismos políticos e legais específicos de controle e responsabilização, como os definidos pela Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei n.º. 1.079/1950) e pela Lei de Conflito de Interesses (Lei n.º. 12.813/2013), embora ambos (servidores e agentes políticos) estejam sujeitos à observância dos princípios inerentes à Administração Pública e, por consequência, estão submetidos à Lei de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa (Lei n.º. 8.429/1992).

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed.. São Paulo: Atlas, 2011. p. 527.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed.. São Paulo: Atlas, 2011. p. 528.

definidas. Esta discussão ocorreu recentemente no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *McDonnell vs. United States*¹⁶⁶, no qual a Corte, contrariando o clamor público, afastou, por unanimidade, a imputação de crime de corrupção ao ex-governador do Estado da Virgínia, por considerar que teria sido dada uma conceituação extremamente ampla ao ato de ofício, o que traria, segundo a Corte, inclusive o risco de se inviabilizar o exercício da atividade política.

Em breve resumo, Robert McDonnell foi o governador do Estado da Virgínia durante o período de 2010 a 2014. Ele e sua esposa foram condenados¹⁶⁷ no ano de 2015 por corrupção em razão do recebimento de propinas superiores a US\$175.000,00 na forma de empréstimos e presentes de um empresário do setor farmacêutico. Em troca, McDonnell teria auxiliado o empresário Jonnie Williams na promoção de um suplemento alimentar de sua empresa (Star Scientific), o que teria ocorrido, segundo a acusação, por meio da prática de múltiplos atos de ofício por parte de McDonnell, como o agendamento de reuniões entre o empresário e funcionários do governo subordinados ao próprio Governador, bem como organizando eventos destinados a encorajar pesquisadores das universidades do Estado da Virgínia a realizarem estudos de modo a dar suporte e promover o suplemento alimentar da Star Scientific.

¹⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Robert F. McDonnell, petitioner v. United States. Chief Justice Roberts. June 27, 2016. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2017.

¹⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 18 U.S. Code §201 – Bribery of public officials and witnesses. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201>>. Acesso em 27 de outubro de 2017.

“(b) Whoever -

(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—

(A) to influence any official act; or

(B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person;

(2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for:

(A) being influenced in the performance of any official act;

(B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person;”

Após a manutenção da sua condenação na Corte de Apelações, o principal argumento de McDonnell para ter o seu caso analisado pela Suprema Corte consistiu na alegação de que os membros do Júri, em seu julgamento, teriam sido impropriamente instruídos sobre o conceito de “ato de ofício”, elemento necessário para caracterizar o crime de corrupção, o qual é definido pelo ‘18 U.S. Code §201’ como sendo “qualquer decisão ou ação sobre qualquer questão, assunto, causa, processo, procedimento ou controvérsia, que pode em qualquer momento estar pendente, ou que pela lei possa ser levado a qualquer funcionário público, seja com base em regras de competência ou com fundamento na confiança e perspectiva de lucro.”¹⁶⁸ No caso, o Júri havia sido instruído de que o conceito de ‘ato de ofício’ também albergaria os atos que o agente público costumeiramente executa, incluindo atos realizados com objetivos a longo prazo.

A Suprema Corte decidiu anular o julgamento de McDonnell, uma vez que as instruções dadas ao Júri em seu julgamento foram muito amplas e falharam em guiar os jurados devidamente à decisão, bem como porque o amplo conceito dado ao ato de ofício poderia causar graves preocupações constitucionais¹⁶⁹, uma vez que teria o condão de afetar o exercício da atividade política e, conseqüentemente, incidir efeitos sobre a própria democracia. De fato, a preocupação da Suprema Corte com a ampliação do conceito de ato de ofício relaciona-se principalmente com contribuição de companhia. Ou seja, poderia um político ser acusado de corrupção por que agendou reuniões ou atuou de modo a beneficiar os interesses dos seus contribuintes?

¹⁶⁸ Tradução livre de: “(3) the term “official act” means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official’s official capacity, or in such official’s place of trust or profit.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 18 U.S. Code §201 – Bribery of public officials and witnesses. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201>>. Acesso em 27 de outubro de 2017.)

¹⁶⁹ “But conscientious public officials arrange meetings for constituents, contact other officials on their behalf, and include them in events all the time. The basic compact underlying representative government assumes that public officials will hear from their constituents and act appropriately on their concerns—whether it is the union official worried about a plant closing or the homeowners who wonder why it took five days to restore power to their neighborhood after a storm. The Government’s position could cast a pall of potential prosecution over these relationships if the union had given a campaign contribution in the past or the homeowners invited the official to join them on their annual outing to the ballgame. Officials might wonder whether they could respond to even the most commonplace requests for assistance, and citizens with legitimate concerns might shrink from participating in democratic discourse.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Robert F. McDonnell, petitioner v. United States. Chief Justice Roberts. June 27, 2016. P. 22. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2017.)

A questão é bastante sensível, e por isso mesmo participaram do processo como *amici curiae* os advogados-gerais que atuaram desde o governo Reagan até o governo Obama, que alegaram que “a espantosa expansão da lei anticorrupção poderia congelar as interações dos agentes públicos com as pessoas a quem eles servem, bem como poderia prejudicar suas habilidades de exercer adequadamente suas funções”. Defendendo essa visão, também participaram na qualidade de *amici curiae* 6 ex-procuradores-gerais do Estado de Virgínia (4 Democratas e 2 Republicanos) e 77 ex-procuradores-gerais dos demais estados da União (41 Democratas, 35 Republicanos e 1 independente).¹⁷⁰

Diante disso, a Suprema Corte decidiu a questão e definiu um conceito mais restrito sobre o ato de ofício, devendo este ser considerado como qualquer decisão ou ação sobre qualquer questão, assunto, causa, processo, procedimento ou controvérsia, que deva envolver um exercício formal do poder governamental, específico e focado em algo pendente ou que possa ser levado a algum agente público. Assim, afastou-se a ideia de que o ato de ofício poderia ser configurado como um ato costumeiro praticado pelo agente público, como agendar reuniões ou organizar eventos.¹⁷¹

O caso em questão demonstra que o discurso anticorrupção atua de forma a expandir o direito penal, principalmente por meio dos conceitos abertos, como o de ‘ato de ofício’. É certo que a Suprema Corte dos EUA teve que adotar uma decisão contra-

¹⁷⁰ “This concern is substantial. White House counsel who worked in every administration from that of President Reagan to President Obama warn that the Government’s “breathtaking expansion of public-corruption law would likely chill federal officials’ interactions with the people they serve and thus damage their ability effectively to perform their duties.” Brief for Former Federal Officials as Amici Curiae 6. Six former Virginia attorneys general—four Democrats and two Republicans—also filed an amicus brief in this Court echoing those concerns, as did 77 former state attorneys general from States other than Virginia—41 Democrats, 35 Republicans, and 1 independent. Brief for Former Virginia Attorneys General as Amici Curiae 1–2, 16; Brief for 77 Former State Attorneys General (Non-Virginia) as Amici Curiae 1–2.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Robert F. McDonnell, petitioner v. United States. Chief Justice Roberts. June 27, 2016. P. 23. Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2017.)

¹⁷¹ “In sum, an “official act” is a decision or action on a “question, matter, cause, suit, proceeding or controversy.” The “question, matter, cause, suit, proceeding or controversy” must involve a formal exercise of governmental power that is similar in nature to a lawsuit before a court, a determination before an agency, or a hearing before a committee. It must also be something specific and focused that is “pending” or “may by law be brought” before a public official. To qualify as an “official act,” the public official must make a decision or take an action on that “question, matter, cause, suit, proceeding or controversy,” or agree to do so. That decision or action may include using his official position to exert pressure on another official to perform an “official act,” or to advise another official, knowing or intending that such advice will form the basis for an “official act” by another official. Setting up a meeting, talking to another official, or organizing an event (or agreeing to do so)—without more—does not fit.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Robert F. McDonnell, petitioner v. United States. Chief Justice Roberts. June 27, 2016. P. 21. Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2017.)

majoritária, restringindo o conceito de ‘ato de ofício’ de modo a evitar a abertura de um campo perigoso à inviabilização do exercício da atividade política.

Nesse sentido, conforme será exposto a seguir, o expansionismo do direito penal também se dá em relação à criminalização de condutas “acessórias” aos delitos que estão relacionados à corrupção, principalmente devido ao fenômeno da globalização econômica.

3.2.2 A globalização e a expansão do direito penal anticorrupção

Conforme já exposto na subseção 2.5, após o término da guerra fria e a expansão do fenômeno da globalização econômica, o mundo observou uma relevante expansão do direito penal, principalmente em relação ao combate à corrupção e à lavagem de ativos financeiros.

Nesse sentido, a OCDE, criada em 1961 com o objetivo de dar bases para a própria economia de livre mercado, principalmente junto aos países ricos, na década de 90 do século passado, começou a atuar fortemente na temática da corrupção e lavagem de dinheiro. A organização foi a responsável por um salto em relação à amplitude de análise do fenômeno da corrupção, deixando de tratá-lo como um problema limitado à Administração Pública interna de cada país, mas sim como uma questão relevante para as relações comerciais internacionais.

Referido movimento iniciou-se no ano de 1997, por meio da Convenção da OCDE contra a Corrupção, também conhecida como Convenção sobre o Combate à Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. O Brasil aderiu e promulgou a Convenção no âmbito do direito interno por meio do Decreto nº 3.678/2000, sendo que, posteriormente, a Lei nº 10.467 de 2002 acrescentou ao Código Penal o Capítulo 2-A, o qual dispõe sobre “os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional, a ocultação ou dissimulação de produtos de crime praticados por particular contra a administração pública estrangeira e, por fim, conceituou, para fins penais, o “funcionário público estrangeiro”.¹⁷²

¹⁷² Foram realizadas as seguintes inserções no Código Penal brasileiro em razão da Convenção da OCDE:

A partir da Convenção da OCDE iniciou-se um processo de expansão do direito penal especialmente sobre a tipificação de condutas que podemos chamar de acessórias ao crime de corrupção, como as relacionadas à lavagem de dinheiro. Em relação ao crime de lavagem de dinheiro, a necessidade de uma atuação global concatenada contra esse tipo de delito encontra justificativa, uma vez que os países que não adotam essa postura tornam-se refúgio de capitais obtidos ilicitamente.

No âmbito da OCDE, após o início desse combate globalizado à corrupção e à lavagem de capitais, o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI)¹⁷³, do qual o Brasil faz parte, tornou-se o principal órgão no sistema internacional antilavagem de dinheiro. O GAFI tem por objetivo definir padrões (*standards*) a serem seguidos pelos países em matéria de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, além de monitorar o grau de cumplicidade dos países-membros com os padrões definidos.¹⁷⁴ Apesar de existir discussão¹⁷⁵ sobre o alcance das diretrizes emanadas pelo GAFI, é certo que o referido órgão

“Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.”

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

¹⁷³ Ou em inglês, o *Action Task Force on Money Laundering* (FATF).

¹⁷⁴ Nesse sentido, confira-se as diretrizes definidas pelo GAFI/FATF em: FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Atualizado em outubro de 2016. Disponível em: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf. Acesso em 05 de novembro de 2017.

¹⁷⁵ Alguns autores questionam a coercibilidade das recomendações exaradas pelo GAFI, uma vez que o órgão não é detentor de personalidade jurídica de direito internacional, não podendo, assim, assumir obrigações ou

teve grande relevância para a estruturação do sistema de combate à lavagem de capitais no Brasil, o qual foi instituído pela Lei nº. 9.613/1998.

A Lei nº 9.613/1998, em linhas gerais, tipificou os crimes de “lavagem” e ocultação de bens, direitos e valores, bem como instituiu um sistema de prevenção e detecção dos referidos crimes, principalmente por meio da criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o qual tem por objetivo disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas relacionadas à lavagem de dinheiro, além de, após a Lei Complementar nº. 105/2001, ter acesso a informações bancárias.

A referida Lei nº 9.613/1998, no entanto, enquadrava-se no conceito de *segunda geração*¹⁷⁶ das legislações antilavagem, uma vez que, para caracterização do delito, era necessária a comprovação de um dos crimes antecedentes contidos em rol taxativo, como: tráfico ilícito de entorpecentes; terrorismo e seu financiamento; contrabando; tráfico de armas; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa e o praticado por particular contra a Administração Pública estrangeira.

De forma a cumprir a 3ª recomendação exarada pelo GAFI¹⁷⁷, a Lei nº. 12.683/2012 introduziu diversas modificações na Lei nº 9.613/1998, especialmente para eliminar a necessidade de caracterização dos crimes antecedentes para configuração do delito de lavagem, tornando assim a legislação brasileira de *terceira geração*.

Nesse sentido, após as modificações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, a Lei nº 9.613/1998 passou a tipificar o delito de lavagem de dinheiro da seguinte maneira: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente, de infração

impor sanções. (FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 29.)

¹⁷⁶ PITOMBO. Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

¹⁷⁷ “Countries should apply the crime of Money laundering to all serious offenses, with a view to including the widest range of predicate offences” (FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Atualizado em outubro de 2016, p. 12. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em 05 de novembro de 2017.)

penal”. Observe-se que a referida alteração não se limitou a eliminar o rol taxativo, mas o ampliou exponencialmente de forma a também albergar as infrações penais, dentre as quais encontram-se atividades como a exploração de jogos de azar (popularmente conhecida como “jogo do bicho”).

Verifica-se assim que, em razão de obrigações assumidas no plano internacional (como a Convenção de Viena), e de modo a cumprir com as diretrizes estabelecidas pelo GAFI, o Brasil transformou o delito de lavagem de dinheiro em crime autônomo, seguindo uma política criminal que busca punir o delinquente pela lavagem de dinheiro, já que muitas vezes não se consegue fazê-lo em relação ao delito antecedente.¹⁷⁸

Referida mudança de rumo em relação ao delito de lavagem de dinheiro ganha especial relevância para o combate à corrupção, uma vez que é crime de difícil comprovação. É interessante notar que o caminho de criminalizar as “condutas acessórias” como forma de punir o criminoso, o qual dificilmente seria punido em decorrência do crime de corrupção, é fenômeno que também ocorre no direito administrativo, conforme será demonstrado a seguir.

3.3 A CORRUPÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Ao contrário do direito penal, não existe uma noção diretriz de corrupção para o direito administrativo. Entretanto, o mecanismo de comunicabilidade entre as duas esferas produz, como resultado, uma aproximação dos conceitos adotados na esfera penal ao direito administrativo, embora, em relação a este, haja diferença no que tange ao modelo de

¹⁷⁸ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 85-86.

constatação de prova¹⁷⁹ e uma maior amplitude para o enquadramento¹⁸⁰ dos fatos às condutas antijurídicas.

O referido mecanismo de comunicabilidade de esferas (ou instâncias) é disciplinado pelo artigo 935 do Código Civil¹⁸¹, pelo artigo 126 da Lei nº. 8.112/1990¹⁸² e pelo artigo 386 do Código de Processo Penal¹⁸³. O racional estabelecido para a comunicação das esferas penal e administrativa está atrelado ao reconhecimento da negativa da autoria ou da

¹⁷⁹ “A doutrina costuma mencionar a existência de três modelos de constatação. Nos extremos se encontram o modelo de (i) preponderância de provas (*preponderance of evidence*) geralmente aplicado aos casos cíveis, de repercussão estritamente patrimonial, nos quais o julgador faz um juízo sobre se o fato é “mais provável do que não” – e o modelo de (ii) prova além da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*) – geralmente aplicado aos casos criminais, nos quais o julgador verifica se é “praticamente impossível que o fato não tenha ocorrido”, sendo aqui recorrente a menção à ilustração de que, na dúvida, melhor é manter vários culpados sem punição que mandar um inocente, de forma equivocada, para atrás das grades. Entre os modelos anteriormente descritos se encontra o (iii) modelo da prova clara e convincente (*clear and convincing*), cuja aplicação se opera em casos em que o grau de prova requisitado “é mais do que uma preponderância de prova” e menos que o além da dúvida razoável”, situação existente em demandas com possível repercussão criminal ou que tenham caros valores pessoais ou morais envolvidos, como ocorre em feitos que discutem perda do poder familiar ou fraude. Por esse modelo intermediário, a formação do juízo sobre o fato deve visualizar a alta probabilidade de sua ocorrência.” (PINTO, Marcos Vinicius. *Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC*. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID Elie Pierre (coord.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 16-17.)

¹⁸⁰ “Neste sentido, pode dizer-se que a tipicidade não é idêntica à do direito penal, embora siga sendo uma tipicidade material e formal. Além disso, essa tipicidade depende, como já dissemos, da complementação das normas em branco pela incidência setorial diretamente violadas pelo improbus. A gravidade da conduta também será fruto de um arbítrio judicial, mas de uma valoração concreta a respeito da importância das normas violadas no contexto normativo global. O elemento subjetivo da conduta será analisado no marco normativo unitariamente concebido, o que não nos impede de reconhecer, como fizemos, que certamente a culpa exige a nota da gravidade, e a desonestidade também o exige.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª ed. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 321.)

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº. 10.406/2002. Código Civil.

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

¹⁸² BRASIL. Lei nº. 8.112/1990.

“Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”

¹⁸³ BRASIL. Lei nº. 8.112/1990.

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação.”

inexistência do fato na esfera penal. Somente nestas hipóteses será vedada a persecução da responsabilidade civil-administrativa. Caso contrário, ainda que haja absolvição do acusado por insuficiência de provas, será possível a sua responsabilização civil-administrativa.

Tal mecanismo de comunicabilidade gera um fenômeno interessante em relação aos atos caracterizados como corrupção, uma vez que é extremamente difícil a absolvição do acusado, na esfera criminal, por reconhecimento da inexistência do fato ou negativa de autoria. Isso traz, por consequência, a continuidade da apuração e processamento dos mesmos fatos no âmbito da responsabilidade civil-administrativa a qual, não raro, culmina na condenação do acusado, outrora absolvido no âmbito penal.

A nosso ver, uma hipótese plausível para justificar a existência do fenômeno relaciona-se às próprias características do ato de corrupção. Do mesmo modo que há grande dificuldade para a acusação provar a ocorrência do crime (ante às suas características já mencionadas), a defesa também não consegue realizar prova efetiva da inexistência do fato e da negativa da sua autoria. Desse modo, os juízes criminais adotam comumente a absolvição do réu por insuficiência de provas, permitindo assim à esfera de responsabilidade civil-administrativa uma reanálise do caso, sob modelos e conceitos diversos dos utilizados no âmbito penal.

Certamente o ponto de maior contato entre as esferas penal e administrativa ocorre em relação aos processos administrativos disciplinares (PAD), regidos, no âmbito federal, pela Lei nº. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União).

Referido diploma legal, que inclusive aplica os prazos prescricionais previstos no Código Penal para as infrações administrativas também capituladas como crime, estabelece o seguinte rol de atos ilícitos que podem levar à demissão do servidor público:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Observa-se que, além de estabelecer no inciso I a possibilidade de demissão do servidor público no caso de prática de crime contra a Administração Pública, dentre eles o de corrupção passiva prevista no artigo 314 do Código Penal, a Lei nº. 8.112/1990 também dispõe, de forma autônoma, que o servidor pode ser demitido no caso de corrupção, conforme disposto no inciso XI. Entretanto, em nenhum momento há definição do que seja o conteúdo do termo corrupção contido no inciso XI do referido diploma legal.

A Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer GQ-124, aduziu o seguinte sobre a tipificação prevista no inciso XI do artigo 132 da Lei nº. 8.112/1990:

24. Vale, ainda, ressaltar que os atos praticados pelos servidores de que tratam estes autos, configuram, também, a infração administrativa prevista no inciso XI do art. 132: corrupção, expressão que tem significado mais amplo que o crime de corrupção capitulado no art. 317 do Código Penal: no campo do Direito Disciplinar, não importa se o funcionário exige, se solicita, se recebe ou se aceita a vantagem indevida. Se se pune o menos (se o funcionário recebe), deve-se punir o mais (se exige). Ao praticar uma ação, o funcionário pode infringir diversas normas, vários deveres ou violar diferentes proibições. Diz Rigolin: ‘A corrupção, por exemplo, referida singelamente no inc. XI, pode revestir formas infinitas, cujo aspecto multifário é a cada dia ampliado pela criatividade humana, que nesse terreno se demonstra mais fértil do que talvez em qualquer outro. Parece com efeito inesgotável a imaginação corruptora do homem, muito mais célebre em evolução que aquela voltada a contê-la. Desse fato não pode descuidar a Administração, mas também não o pode com relação à ampla defesa que precisa garantir ao servidor dela acusado, antes de poder demiti-lo do serviço público’. (ob. cit., p. 229).¹⁸⁴

De fato, concordamos com o posicionamento exarado pela Advocacia-Geral da União de que o conceito de corrupção esculpido no inciso XI do artigo 132 da Lei nº 8.112/1990 é mais abrangente do que o tipo previsto no artigo 317 do Código Penal, até mesmo porque, se assim não fosse, não haveria sentido estabelecer a previsão do inciso XI, uma vez que o inciso I do artigo 132 da Lei nº 8.112/1990 estabelece a possibilidade de

¹⁸⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GQ-124. Publicado no Diário Oficial da União em 30 de maio de 1997, p. 11.182. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8303>>. Acesso em 08 de novembro de 2017.

demissão do servidor no caso de crime contra a Administração Pública, dentre os quais está inserido o de corrupção passiva.

Ainda que o conceito seja mais abrangente, não se assemelha ao conceito de corrupção amplo utilizado pelas ciências sociais (abuso do poder confiado para benefício privado). Aliás, se assim se entendesse, a capitulação da infração como corrupção poderia ser aplicada a praticamente todos os atos ilícitos previstos no diploma legal. Entendemos que o limite para o conceito de corrupção no âmbito do direito administrativo disciplinar é justamente a compreensão do fenômeno por meio da teoria da agência, ou seja, há necessariamente que existir uma relação negocial estabelecida entre o servidor público (*agente*) com um terceiro (*cliente*).¹⁸⁵

Nesse sentido, ainda que possam surgir dúvidas em relação à aplicação do referido inciso XI do artigo 132 da Lei nº 8.112/1990, na prática não há maiores complicações, uma vez que é comum as comissões processantes realizarem múltiplas capitulações para o mesmo ato ilícito, e, principalmente no caso de atos enquadráveis como corrupção, tipificá-los como improbidade administrativa, prevista no inciso IV do referido diploma legal.

No que tange à improbidade administrativa, faz-se necessário analisar as definições estabelecidas pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) para compreender a sua relação com o fenômeno da corrupção, que praticamente está em sua gênese, uma vez que representa uma resposta legislativa aos escândalos de corrupção envolvendo o ex-presidente Fernando Collor, diploma legal curiosamente sancionado por este.

A doutrina¹⁸⁶ é praticamente uníssona no sentido de afirmar que a improbidade administrativa é uma espécie de imoralidade especialmente qualificada pela conduta do agente público, que poderá se dar de forma dolosa (artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992) ou culposa (art. 10 da Lei nº 8.429/92), sendo que, em relação a este último elemento subjetivo, deverá ocorrer a agravante do resultado prejudicial ao patrimônio público.

¹⁸⁵ Para melhor compreensão, retomar o conceito da teoria da agência exposto na subseção 3.1.

¹⁸⁶ “E a improbidade administrativa? Se digo que a imoralidade administrativa é um *plus* com relação à legalidade, afirmo que a improbidade é o degrau seguinte. É a ilegalidade mais do que especialmente qualificada. Há uma gradação evidente entre estes comportamentos: existem atos ofensivos à ordem jurídica; existem outros atos que, além de ofensivos à ordem jurídica, ofendem valores morais juridicizados (caracterizada a ofensa à moralidade administrativa) e existem imoralidades administrativas de tal porte que merecem ser qualificadas como improbidade administrativa. (...)” (CAMMAROSANO, Márcio. *A aplicação do conceito de patrimônio público e sua proteção*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). **Direito processual público – a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 273.)

Podemos, dessa forma, enquadrar a corrupção como uma espécie de improbidade administrativa, sendo a principal diferença o fato de que a corrupção se dá unicamente de forma dolosa e especificamente em relação a determinadas condutas do agente público, principalmente aquelas relacionadas à uma relação negocial estabelecida com um terceiro.

É certo que a Lei de Improbidade Administrativa foi além de estabelecer mecanismos de prevenção, detecção e punição da corrupção, pois também instituiu meios para que se garanta a boa gestão pública. Ou seja, para se compreender a Lei de Improbidade Administrativa devemos partir dessas duas premissas (controle da corrupção/improbidade e garantia da boa gestão pública) para analisar os seus três núcleos de incidência sobre os: a) atos que importam enriquecimento ilícito¹⁸⁷; b) atos que causam prejuízo ao erário¹⁸⁸ e; c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública¹⁸⁹.

Inicialmente, observa-se que os três núcleos da Lei nº 8.429/1992 apresentam, nas cabeças dos respectivos artigos 9, 10 e 11, os atos que se pretende prevenir e reprimir no âmbito da Administração Pública e, na sequência, cada núcleo traz um rol exemplificativo de hipóteses que notadamente são de comum ocorrência e que se enquadram na previsão legal. Justamente aqui está a maior diferença entre a análise da corrupção na esfera do direito penal e do direito administrativo, uma vez que este possui maior flexibilidade por não encerrar em tipos fechados as hipóteses de atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, permitindo assim uma maior adaptabilidade do direito sancionador para viabilizar a punição¹⁹⁰ aos infratores da norma.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº 8.429/1992.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

¹⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.429/1992.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 8.429/1992.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

¹⁹⁰ Ressalte-se que a Lei de Improbidade Administrativa fez claramente a opção de se submeter ao regime jurídico do direito administrativo sancionador, no qual o princípio da tipicidade é pressuposto para o resguardo de direitos e garantias fundamentais. Assim, embora a sua estrutura seja composta por termos jurídicos indeterminados, mantém-se a exigência de vulneração de normas proibitivas subjacentes às normas sancionadoras em branco, conforme bem expõe FÁBIO MEDINA OSÓRIO: “[a] LGIA oferece tipos dotados de termos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas gerais, mas é certo que se exige a vulneração de normas

É possível ainda notar que há uma noção distinta e decrescente de reprovabilidade entre os três núcleos, sendo o mais grave o previsto no artigo 9º (enriquecimento ilícito) e o menos grave previsto no artigo 11 (violação a princípio), gradação essa que pode ser constatada pela dosimetria das sanções dispostas no artigo 12 do referido diploma legal.

Essa distinção decorre exatamente das premissas que sustentam a Lei nº 8.429/1992, a qual considera a conduta mais grave aquela relacionada a um ato que pressupõe uma atuação dolosa do agente, e que está bastante próxima à noção de corrupção (art. 9º), e menos grave aquela referente aos atos que podem ocorrer de forma culposa e danosa ao erário (art. 10), ou que não representam uma violação expressa a um preceito legal e não tragam consequências patrimoniais negativas à Administração Pública (art. 11).

Por certo que a noção de corrupção, principalmente a adotada neste trabalho, encontra-se presente no artigo 9º da Lei nº 8.429/1992, o qual estabelece diversas hipóteses¹⁹¹ nas quais há algum tipo de enriquecimento ilícito do agente público, e

proibitivas subjacentes às normas sancionadoras em branco. De todo modo que nossa visão busca resgatar a vocação punitiva da LGIA no marco da ideia de última *ratio*. À noção de gravidade ou de última *ratio*, à ideia de deveres fundamentais e gravemente violados, em consonância com normas culturais que presidem o funcionamento das instituições públicas, agrega-se a imperiosa percepção dos elementos essenciais ao núcleo da improbidade administrativa, cujo diagnóstico depende, portanto, de um julgamento mais rigoroso no âmbito do direito administrativo.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª ed. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 320.)

¹⁹¹ Nesse sentido, algumas hipóteses previstas no artigo 9º da Lei nº 8.429/1992 podem ser entendidas como corrupção, quais sejam:

“I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; (...)

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...)

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

especialmente, o enriquecimento ilícito decorrente de uma relação negocial estabelecida com um terceiro. Entretanto, o ato de corrupção poderá caminhar pelos três núcleos da Lei de Improbidade Administrativa, conforme os elementos contidos no caso concreto e as consequências geradas.

Imagine-se, como exemplo, a hipótese de o agente público apenas solicitar a vantagem indevida. Este ato, por si só, caracteriza violação ao artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, uma vez que representa atentado aos princípios da Administração Pública, em especial o da legalidade (o agente público comete o crime de corrupção passiva), e o da moralidade administrativa. Entretanto, se o agente efetivamente receber a vantagem indevida, também incidirá na previsão do artigo 9º (enriquecimento ilícito).

Suponha-se ainda que, após solicitar e receber a vantagem indevida, o agente público realize o ato de ofício para o qual foi “contratado”, e que este ato ilegal e ilegítimo provoque algum prejuízo à Administração Pública. Nesta hipótese, também haverá incidência do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Ou seja, o direito administrativo permite uma análise fragmentada do ato de corrupção, sendo que, para a sua caracterização, não há necessidade, *a priori*, de estarem presentes todos os seus elementos de forma cumulativa, como costuma ocorrer com os tipos penais. Essa maleabilidade decorre especialmente do fato de que todo ato de corrupção representa, obrigatoriamente, uma violação aos princípios da Administração Pública.

A amplitude normativa do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 permite uma maior adaptabilidade do sistema sancionatório à criatividade humana no que se refere à prática de atos ilícitos relacionados à corrupção, mas, também viabiliza uma excessiva interferência do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública e da Política, uma vez que torna possível a jurisdicionalização de questões sob o aspecto da moralidade, conforme será melhor desenvolvido a seguir.

3.3.1 Corrupção e moralidade administrativa

A busca pela separação do direito e da moral é questão de frequente discussão no campo jurídico, sendo inclusive fundamento para o próprio desenvolvimento da teoria do

direito, seja por meio das contribuições de KANT¹⁹², seja por meio da *teoria pura do direito* de KELSEN, estruturada a partir do desligamento completo do conceito de norma jurídica do conceito de norma moral, de modo a garantir a autonomia da legalidade do direito frente à lei moral.¹⁹³

Entretanto, o reconhecimento da insuficiência das leis para abarcar toda a dinâmica da vida social fez com que houvesse, a partir do século XX, contestações¹⁹⁴ sobre o modelo de separação entre direito e moral, especialmente a fim de se buscar os significados ideológicos e políticos das normas, ou seja, o direito pressuposto ao direito posto.¹⁹⁵

No âmbito do direito público, provavelmente a primeira aproximação entre a regra moral e o exercício da função administrativa foi realizada por MAURICE HAURIOU, que, com inspiração na ideia de abuso de direito desenvolvida pelo direito privado, elaborou o conceito

¹⁹² As reflexões de EMANUEL KANT foram expressivas para a formação dos ideais liberais no início do século XIX, uma vez que, ao definir critérios para distinguir direito da moral, contribuiu para a posição que propugna o mínimo de interferência do Estado na vida do cidadão. No que se refere aos critérios para a separação de direito e moral, KANT estabeleceu uma relação entre esses elementos com a noção de exterioridade (direito) e interioridade (moral), sendo que ao Estado caberia unicamente ampliar a sua jurisdição sobre fatos externos ao indivíduo, mas não sobre fatos internos, excluindo-se assim a consciência da esfera de abrangência da jurisdição estatal. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162)

¹⁹³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 163-165.

¹⁹⁴ Dentre as críticas ao positivismo kelnesiano, podemos citar a feita por SÉRGIO GUERRA em relação à sua aplicação no campo da regulação de atividades econômicas privadas: “[d]e fato, o paradigma científico-jurídico predominante em nosso país, especialmente na área do Direito Público, ainda é fortemente influenciado pela ortodoxia kelnesiana, de modo que há de enfrentar, em sede doutrinária, o grande risco a que conduz o normativismo lógico nos tempos atuais, notadamente em termos de regulação de atividades econômicas privadas: o de se cavar um abismo intransponível entre o mundo ideativo das normas, em um incontornável déficit de realidade. Com efeito, tal perigo radica no fato de que, para o positivismo, como abordagem valorativa do direito, o ‘dever ser’ – direito – não pode derivar do ‘ser’ – realidade. Essa, em apertada síntese, representa a tese primordial dessa doutrina gerada no seio do liberalismo econômico burguês. Entretanto, a dissociação entre realidade e direito conduz à ilusão de que o direito se autoproduz, cria sua própria realidade (uma realidade fossilizada, puramente normativa, e meramente ideativa, infensa a valores, a considerações políticas, sociológicas, econômicas etc.), dissociada da realidade complexa e sempre dinâmica da vida, notadamente no campo do sistema econômico.” (GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 159.)

¹⁹⁵ A diferença entre o direito pressuposto e o direito posto é explicada por EROS GRAU do seguinte modo: “[a] forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como pressuposto interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posto pelo Estado, como direito positivo. [...]. A relação jurídica – que tem por forma de expressão o contrato – compõe o direito pressuposto e nela está refletida a relação econômica. A relação jurídica, pois já está na base econômica. Tanto é assim que é uma relação de vontade esteja ou não legalmente regulada – isto é, esteja ou não colhida, ordenada pelo direito posto (direito positivo).” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.)

de desvio de poder¹⁹⁶, relacionando-o com a moralidade administrativa. Com base na doutrina de HAURIOU, o Conselho de Estado francês utilizou-se do conceito de desvio de poder como elemento de limitação à discricionariedade administrativa, bem como ampliou o limite para a apreciação judicial de tais atos, inicialmente por meio da análise apenas de vícios de incompetência e de forma, e posteriormente por meio do exame dos motivos e dos fins pretendidos com o ato exarado.¹⁹⁷

O controle do desvio de poder foi inserido no direito brasileiro por meio da previsão do artigo 2º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), que estabeleceu a nulidade do ato praticado em desvio de poder quando “o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, ao constitucionalizar o princípio da moralidade administrativa em seu artigo 37, *caput*¹⁹⁸, viabilizou maior controle judicial sobre os atos da Administração Pública sob este aspecto, especialmente porque o referido princípio também passou a integrar o objeto de análise de normas de cunho sancionatório, sob o prisma da improbidade administrativa. Ademais, ampliou o escopo da ação popular ao também viabilizar a utilização do instrumento como meio de controle do ato administrativo sob o aspecto da moralidade, conforme previsão do artigo 5º, inciso LXXIII¹⁹⁹.

Essa ampliação do controle judicial sobre os atos da Administração Pública com fundamento na moralidade administrativa causou, e ainda causa, grandes divergências,

¹⁹⁶ “É o fato de uma autoridade administrativa que, embora praticando um ato de sua competência, observando as formas, não cometendo qualquer violação da lei, usa de seu poder para um fim e por motivos outros que não aqueles em vista dos quais o poder lhe foi conferido, quer dizer, outros que não os que pretende a moral administrativa” (apud DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 176.)

¹⁹⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 176-177.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁹⁹ BRASIL. Constituição Federal.

Art. 5º. (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

especialmente em razão das consequências negativas geradas ao exercício da função administrativa, conforme expôs JOSÉ AFONSO DA SILVA já no ano de 1995:

Uma perspectiva preocupante consiste no desenvolvimento do judicialismo. Chamamos *judicialismo* o movimento ou a prática que conduz o Judiciário a intrometer-se nas atividades da Administração Pública, a título de verificar a ocorrência de improbidade.

Preocupa, contudo, a possibilidade real de o Judiciário se imbuir da função de guarda da moralidade pública e, a pretexto de exercê-la, avançar ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência de atividades da Administração Pública. No âmbito municipal isso já vem acontecendo de modo preocupante. Não se trata aqui da velha questão do governo dos juízes, mas de uma forma de controle de ações governamentais, que, por ir além da razoabilidade a que se há de ter a jurisdição, terá forte conteúdo político a enterrar o governante.

Dir-se-á que esse risco não existe, porquanto a atividade jurisdicional está sujeita ao limite do *nemo iudex sine actore*. Por isso, não podendo agir de ofício, o juiz só interferirá se for provocado por interessado. Acontece que um outro elemento se conjuga para abrir largas possibilidades de intervenção judicial: os novos poderes do Ministério Público, especialmente pela ação civil pública e o inquérito administrativo, usado às vezes abusivamente.

O pior é que, diante de iniciativas como essa, os juízes, longe de desestimulá-las com decisões de rejeição de plano, estão acolhendo e até concedendo liminar, com ameaça de aplicação do disposto no art. 37, §4º, da Constituição, numa situação que mais revela o arbítrio do que o exercício de atividade jurisdicional.

Gera-se, por essa prática, uma nova forma de ética oficial, que pretende ditar regras morais à sociedade e, neste caso, aos governantes, de acordo com o pensamento ético dos membros do Judiciário e do Ministério Público. Todo oficialismo ético é antidemocrático. Por isso é que todo Estado ético foi pretensão de ditadores de impor suas concepções morais. Uma ética imposta aos governantes pelo Poder Judiciário não será diferente nem menos perniciosa.

E, na medida em que o Judiciário se envolve no mérito, oportunidade e conveniência da ação governamental, mais ele se envolve na Política, se não descambar para unilateralidade ideológica. E, nesse rumo, logo, logo, estará também envolto em questões de moralidade e no descrédito. A autoridade moral do Poder Judiciário se mantém enquanto ele se situa no campo objetivo da jurisdição, mas, saindo desses limites, ficará sujeito a juízos de valor também de natureza política e ideológica. E chegará um

momento em que se há de perguntar: quem controlará a moralidade do Judiciário?²⁰⁰

A preocupação exposta por JOSÉ AFONSO DA SILVA em relação ao excesso de judicialização (ou judiciarismo) de temas afetos à Administração Pública e à Política em razão da autonomia do princípio da moralidade como mecanismo de controle dos atos administrativos também é compartilhada por outros autores²⁰¹. Esse receio da mera substituição da moral dos agentes públicos pela moral dos juízes e membros do Ministério Público fez com que houvesse uma divisão na doutrina em relação à aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa.

A doutrina divide-se basicamente em duas correntes: a primeira que entende que há necessidade de violação à alguma norma jurídica subjacente a fim de configurar atentado à moralidade administrativa (ou seja, tratar-se-ia de uma moral jurídica); e a segunda que entende ser perfeitamente aplicável o princípio da moralidade como uma limitação aos atos discricionários exarados pela Administração Pública.

Representando a primeira corrente, MÁRCIO CAMMAROSANO aduz que:

O princípio da moralidade está referido, isto sim, ao próprio Direito, remetendo-nos a valores que informam normas jurídicas. Estas, com seu “inevitável conteúdo axiológico”, selecionam valores que recolhem de outras ordens normativas do comportamento humano, como a lealdade, boa-fé, veracidade, honestidade. Valores como esses, e porque juridicizados, devem ser prestigiados pelo Administrador Público.²⁰²

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Perspectivas das formas políticas*. In **Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 147.

²⁰¹ Nesse sentido, ADÍLSON ABREU DALLARI expõe que: “[é] preocupante o envolvimento do Ministério Público, e especialmente do Poder Judiciário, no mérito de decisões legislativas e administrativas. A instabilidade gerada pela concessão indiscriminada de liminares pleiteadas por grupelhos movidos por interesses desenganadamente corporativos, seguida de cassações obtidas por meios alternativos, certamente não concorre para a afirmação da segurança jurídica, sem a qual, como sempre dizia o saudoso Geraldo Ataliba, é impossível o desenvolvimento econômico e social.” (DALLARI, Adílson Abreu. *Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública*. In **Improbidade administrativa. Questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24.)

²⁰² CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 85.

O autor explica da seguinte forma as decorrências de sua premissa sobre a aplicabilidade do princípio da moralidade:

Vê-se, portanto, que não há como pretender, em rigor, que o princípio jurídico da moralidade administrativa esteja reportado direta e imediatamente a esta ou aquela ordem moral, cujos preceitos reputar-se-iam automaticamente juridicizados, e a nível constitucional. Está reportado, sim, a valores albergados no sistema jurídico, e cuja inteligência e aplicação não se pode dar fora desse mesmo sistema, ainda que permeável, pela própria fluidez dos conceitos normativos, às concepções significativas prevalentes em dada sociedade e em dado momento histórico.²⁰³

Filiando-se à segunda corrente, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO critica a vinculação da moralidade à legalidade nos seguintes termos:

O que nos parece é que identificar moralidade e legalidade significa tornar inútil a previsão constitucional dos dois valores como princípios diversos e autônomos. Ninguém nega que o princípio da moralidade já existia antes da Constituição de 1988, sendo, inclusive, referido por doutrina respeitável do direito brasileiro. Mas não há dúvida de que a Constituição de 1988 imprimiu valor constitucional a esse princípio, colocando-o em nível hierárquico superior à lei infraconstitucional. Se esta contrariar a moralidade administrativa, pode ser invalidada pelo Poder Judiciário.

A partir do momento em que a Constituição Federal, no artigo 37, inseriu o princípio da moralidade entre os de observância obrigatória pela Administração Pública e, no artigo 5º, inciso LXIII, colocou a lesão à moralidade administrativa como um dos fundamentos da ação popular, ela veio a permitir duas conclusões: a primeira é a de que o ato administrativo que infrinja a moralidade administrativa é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal; a segunda é uma consequência da primeira, ou seja, é a de que, sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, para fins de decretação de sua invalidade. Não só na ação popular, mas por qualquer modalidade de ação judicial de controle dos atos da Administração Pública.

Mais recentemente, a mesma ideia foi reforçada pela Lei nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No artigo 2º, inclui o princípio da moralidade entre os de observância obrigatória pela Administração Pública. Além disso, o parágrafo único, inciso IV, do mesmo dispositivo exige que, nos processos

²⁰³ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 66.

administrativos, seja observado o critério de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Também no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21-6-93, está prevista a moralidade entre os princípios da licitação.²⁰⁴

Em nossa visão, a discussão estabelecida entre as duas correntes deixa de lado um elemento crucial para a adequação do princípio da moralidade ao sistema jurídico, que é o princípio da tipicidade na esfera do direito sancionador (compreendido os direitos penal e administrativo sancionador), essencial para o resguardo de direitos e garantias fundamentais dos acusados. Assim, para uma adequação sistêmica do princípio da moralidade ao ordenamento jurídico, entendemos que a sua aplicação deverá ter contornos diversos quando se referir ao regime jurídico do direito sancionador.

Não há como negar, conforme já mencionado anteriormente, que a Lei de Improbidade Administrativa fez claramente a opção de se submeter ao regime jurídico do direito administrativo sancionador, no qual o princípio da tipicidade é pressuposto para o resguardo de direitos e garantias fundamentais. Assim, embora a sua estrutura seja composta por termos jurídicos indeterminados, mantém-se a exigência de vulneração de normas proibitivas subjacentes às normas sancionadoras em branco.

O princípio da tipicidade no direito sancionador é uma decorrência do princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal²⁰⁵, sendo que, para os agentes públicos, a sua incidência ocorre *a contrario sensu* à sua aplicação aos particulares.

Ou seja, aos particulares é permitido fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não é vedado em lei²⁰⁶, o que não ocorre aos agentes públicos, até mesmo porque, se assim o fosse

²⁰⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 185-186.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição Federal.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

²⁰⁶ “Antes de entrar no estudo dessas liberdades, cabe considerar aquela que constitui, por assim dizer, a *liberdade-matriz*, a *liberdade-base*, que é a *liberdade de ação em geral*, a *liberdade geral de atuar*, que decorre do art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. É um modo de dizer diferente daquele de Montesquieu. Para este, a liberdade consistiria no direito de fazer tudo o que as leis permitissem. O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a *liberdade de fazer*, a *liberdade de atuar* ou *liberdade de agir*, como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que *todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender*, salvo quando a lei determine o contrário.”

em relação a estes, tornaria letra morta a garantia constitucional destinada aos particulares. Assim, aos agentes públicos, como representantes do Estado, o princípio da legalidade só pode ser entendido como o dever de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que é previsto em lei.

Se o agente público, no exercício da sua função, é obrigado a fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que é previsto em lei, é certo que o direito sancionador incidirá apenas se o agente público atuar ou omitir-se sem previsão legal ou *contra legem*. Justamente este é o fundamento constitucional do princípio da tipicidade no âmbito do direito sancionador.

Sendo certa a existência constitucional do princípio da tipicidade no direito sancionador, não há como se compreender a aplicabilidade autônoma do princípio da moralidade nesta seara. Ou seja, há necessidade de que alguma norma jurídica seja violada pelo agente público para se configurar atentado à moralidade administrativa, a qual, no âmbito do direito sancionador, adquire feição de moralidade jurídica ante à incidência do princípio constitucional da tipicidade, o qual decorre do princípio da legalidade e é essencial para resguardar os direitos e garantias fundamentais, em especial o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, no âmbito do direito sancionador, mostra-se correta a corrente doutrinária que não confere aplicação autônoma ao princípio da moralidade administrativa, uma vez que o princípio da tipicidade impõe a necessidade de identificação de condutas dos agentes públicos que violem regras jurídicas, inclusive a fim de viabilizar o próprio direito ao contraditório e à ampla defesa.

Entretanto, fora da esfera do direito sancionador, parece-nos que a segunda corrente doutrinária ganha força, uma vez que o princípio constitucional da tipicidade deixa de irradiar efeitos, permitindo assim a incidência autônoma do princípio da moralidade administrativa.

Assim, mostra-se possível o controle dos atos da Administração Pública com fundamento somente no princípio da moralidade administrativa naquelas ações que não estão submetidas ao regime jurídico do direito sancionador, ou seja, aquelas das quais não decorrerá nenhuma punição à pessoa do agente público ou a terceiros envolvidos.

(DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 235.)

Entendemos que essa distinção é necessária para garantir a correta aplicação do princípio da moralidade administrativa sem que a sua incidência provoque consequências indesejáveis na esfera dos direitos e garantias fundamentais. É certo, da mesma forma, que não se pode negar a autonomia do princípio da moralidade administrativa fora do regime jurídico do direito sancionador, uma vez que isso seria negar aplicabilidade de disposição expressa da Constituição Federal.

A judicialização de questões afeitas à Administração Pública foi opção da Constituição de 1988 ao consagrar a moralidade como princípio da função administrativa, bem como ao viabilizar os instrumentos processuais para a sua efetivação pelo Poder Judiciário. Aliás, essa mesma opção parece ser a adotada por aqueles que defendem a autonomia do princípio da moralidade administrativa, uma vez que, sendo este o limite para os atos discricionários, restringir a sua aplicabilidade significaria restringir o âmbito de controle judicial dos atos discricionários exarados pela Administração Pública.

Essa preocupação decorre do fato de que, conforme expõe DI PIETRO, o âmbito dos atos discricionários é o local ideal para a prática de atos imorais (dentre eles, os atos de corrupção):

É principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem liberdade de opção entre as várias alternativas, todas elas válidas perante o direito. Ora, pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela lei, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade.²⁰⁷

Assim, sendo o princípio da moralidade administrativa o limite para os atos discricionários, a doutrina administrativista vem desenvolvendo métodos para o exercício do controle desses atos pelo Poder Judiciário, de forma a evitar que haja a simples troca da moral do administrador pela moral do juiz sob o argumento do combate à improbidade e à corrupção, conforme será melhor estudado a seguir.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186.

3.3.2 Corrupção e discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa²⁰⁸ há tempos tem sido um dos principais temas de estudo do direito administrativo, o qual busca a criação de métodos que garantam a compatibilidade do exercício do poder discricionário com os princípios da Administração Pública, bem como viabilizem o controle do ato discricionário sem que a vontade do administrador seja substituída pela do controlador.

Essa preocupação encontra razão uma vez que a discricionariedade é mencionada há tempos pela literatura como uma das causas da corrupção (ou ao menos, um dos meios pelos quais a corrupção se infiltra na Administração Pública). Nesse sentido, ROBERT KLITGAARD²⁰⁹ identificou os pontos em comum aos estudos relacionados à corrupção e suas causas, sintetizados na equação²¹⁰ abaixo, a qual tem por objetivo nortear as políticas públicas de enfrentamento do problema:

$$C = M + D - A$$

C = Corrupção

M = Monopólio

D = Discricionariedade

A = *Accountability*

²⁰⁸ “Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como sendo a faculdade de que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.” (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.)

²⁰⁹ KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of Califórnia Press, 1988, p. 75.

²¹⁰ Essa equação pode ser criticada em diversos aspectos. Primeiro porque não absorve o contexto fático e social (o que efetivamente é impossível em um modelo matemático) e, segundo, os elementos nela relacionados como causas da corrupção (monopólio de decisão) + (discricionariedade) e o elemento repressor da corrupção (*accountability*) podem, por si só, serem causadores da corrupção e da ineficiência do Estado no exercício das suas funções. Cabe ressaltar que ela representa meramente um modelo para se ter como referência no desenho das instituições e de políticas públicas.

Por monopólio, tem-se a ideia de que o poder para decidir determinado assunto, concedido a um único agente público, tem o condão de ser uma fonte de corrupção. Em relação à discricionariedade, os agentes com elevado poder discricionário tendem a se corromper e abusar do poder uma vez que suas ações não estão limitadas objetivamente pela lei. Por fim, nesta equação, quanto menores os meios de *accountability*²¹¹, maiores as chances de incidência de corrupção.

O tema discricionariedade sempre foi caro à doutrina administrativista, uma vez que constitui a chave do equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais. Nesse sentido, o tema recebeu tratamento diverso conforme a evolução do próprio Estado, desde o mais autoritário (Estado de Polícia) ao garantidor de direitos individuais (Estado Democrático de Direito).

Conforme leciona DI PIETRO, no Estado de Polícia os agentes públicos possuíam ampla discricionariedade para o exercício das suas funções, o que era típico do arbítrio das monarquias absolutistas, nas quais os atos da Administração não eram sindicáveis perante o Judiciário. Já no Estado de Direito a discricionariedade ficou reduzida a certos tipos de atos, sendo que, posteriormente, foi reduzida a um *poder jurídico*, ou seja, a própria discricionariedade passou a ser limitada pela lei, a qual passou de mera lei formal (positivismo Kelseniano) para também incorporar considerações axiológicas, impondo-se assim novos limites à discricionariedade administrativa:

Quando se estuda a evolução desses limites, verifica-se que eles foram, de início, essencialmente formais, pois diziam respeito apenas à competência e à forma; começaram depois a perquirir um sentido material, à medida que começaram a ser examinados os *fins* e, depois, os *atos determinantes* do ato administrativo. Hoje, esses dados são insuficientes para delimitar a discricionariedade. À medida que a lei foi adquirindo seu sentido axiológico perdido na época do Estado liberal, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário. Ao lado do princípio da legalidade – em sua nova feição – colocam-se os princípios gerais de direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, como essenciais na

²¹¹ Pode-se entender como conceito de *accountability* a “obrigação de prestar contas e assumir responsabilidades perante aos cidadãos imposta àqueles que detêm o poder de Estado objetivando criar transparências e, conseqüentemente, maiores condições de confiança entre governantes e governados” (LEVY, Evelyn. *Controle social e controle de resultados: um balanço dos argumentos e da experiência recente*. In **O público não-estatal na reforma do Estado**. FGV. Rio de Janeiro, 1999, p. 390.)

delimitação do âmbito da discricionariedade de que a lei confere à Administração Pública.²¹²

Na medida em que os valores são incorporados às normas jurídicas, como os princípios da moralidade (mencionado anteriormente), da razoabilidade e do interesse público, o controle judicial dos atos discricionários é ampliado e fica mais complexo, uma vez que o juiz passará a perquirir zonas de maior incerteza.

Sob esse novo prisma de valores e princípios que limitam o exercício da função administrativa, a doutrina passou a se preocupar em criar métodos para viabilizar o controle dos atos discricionários, evitando a mera substituição da vontade do controlador pela do administrador. Nessa seara, a processualidade administrativa ganha destaque como um elemento fundamental para a legitimação do ato discricionário e como referência para o seu controle.

Segundo ODETE MEDAUAR, a processualidade vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal da seguinte forma:

O poder, em essência, consiste, dada uma relação entre pessoas, no predomínio da vontade de uma sobre as demais; numa relação entre órgãos, no predomínio de um sobre os outros. O exercício do poder, num Estado de direito que reconhece e garante direitos fundamentais, não é absoluto, canaliza-se a um fim, implica deveres, ônus, sujeições, transmuta-se em função, o que leva o ordenamento a determinar o filtro da processualidade em várias atuações revestidas de poder.²¹³

Ou seja, pode-se entender que a processualidade, em última análise, é a legitimação do poder estatal, ainda que este seja exercido por meio de atos discricionários, os quais estão limitados pelos princípios da Administração Pública. Neste sentido, a verificação de compatibilidade entre o ato praticado e as considerações axiológicas do ordenamento jurídico deve ser feita por meio da análise do processo administrativo que estruturou a própria produção do ato estatal.

²¹² DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

²¹³ MEDAUAR. Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31-32.

MARCO AUGUSTO PEREZ²¹⁴ aduz que a limitação e o controle dos atos discricionários com fundamento em princípios (que possuem alto grau de generalidade e abstração) é tarefa difícil e que gera complicações, mas, dois caminhos encontram-se em construção a fim de melhorar a produção e o próprio controle dos referidos atos, conforme se explicitará abaixo:

O primeiro deles refere-se justamente à tentativa de melhorar a produção dos atos discricionários de modo que a Administração passe a desfrutar de maior respeito (ou deferência) por parte do Judiciário. Nesse sentido, a legitimação desses atos ocorreria por meio de maior racionalidade e transparência no processo administrativo, devendo este ser a base racional para permitir a verificação da compatibilidade do ato discricionário com os princípios gerais do direito administrativo.

Por meio desse primeiro método, “acontece um deslocamento da atenção do Direito para o ciclo de formação das decisões administrativas: o processo administrativo”²¹⁵. Ou seja, aumenta-se a importância das regras formais e procedimentais para a edição de atos discricionários, “passando-se a confiar em que o ‘devido processo legal’ administrativo faça emergir uma decisão mais aderente ao Direito, eis que resultante de um procedimento racional e fundado no contraditório”²¹⁶.

O segundo caminho refere-se à construção de métodos ou técnicas para a aferição do ato discricionário a partir da aplicação concreta dos princípios gerais do direito administrativo, especialmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme dispõe PEREZ²¹⁷, essas técnicas são as seguintes: (a) o erro manifesto; (b) o afastamento de precedentes e práticas habituais; (c) o balanço e (d) a ponderação de interesses.

²¹⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da discricionariedade administrativa*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 63-82.

²¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da discricionariedade administrativa*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75.

²¹⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da discricionariedade administrativa*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 76.

²¹⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da discricionariedade administrativa*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 77.

No que se refere ao *erro manifesto*, o ato administrativo, ainda que formalmente motivado, poderá padecer de evidente engano. Neste caso, qualquer juiz poderá deduzir que há incongruência lógica e racional entre os objetivos do ato e o seu conteúdo.

O *afastamento de precedentes e práticas habituais* por parte da Administração na edição do ato discricionário poderá culminar em sua invalidade em razão de vício pela incoerência. O Judiciário poderá se valer desta técnica para garantir a impessoalidade na produção do ato discricionário, bem como a segurança jurídica no exercício da função administrativa, a fim de evitar que os particulares sejam surpreendidos, desarrazoadamente, com decisões que fogem aos *standards* adotados anteriormente pela Administração.

A técnica do *balanço*, por sua vez, está relacionada diretamente à concretização do princípio da proporcionalidade. Consiste em analisar se o administrador exarou o seu ato discricionário de maneira não excessiva, de forma planejada e mediante uma análise de custo-benefício, por meio da averiguação dos impactos da sua decisão sobre a sociedade (aspectos sociais e econômicos) bem como sobre a própria Administração.

Por fim, PEREZ menciona a técnica da *ponderação de interesses*. Por esta técnica, o administrador, no exercício do seu poder discricionário, deverá levar em consideração nas razões de decidir (motivação) os diversos interesses afetados (individuais, coletivos ou difusos) pelo ato que pretenderá produzir. Ou seja, por esta técnica, a participação dos afetados (ou interessados) na concretização ou não do ato administrativo torna-se requisito para a verificação da legitimidade do ato discricionário produzido pela Administração, sendo que mais uma vez o processo administrativo torna-se a referência para a averiguação da compatibilidade do ato produzido com os princípios gerais da Administração Pública.

Em que pese a processualidade do direito administrativo ter ganhado destaque no que se refere ao controle dos atos discricionários da Administração Pública, uma vez que contribui para o aperfeiçoamento da gestão pública e da qualidade dos atos proferidos, não tem o condão, por si só, de afastar a incidência da corrupção dos agentes públicos, embora possa, ao menos, funcionar como um constrangimento e aumentar os custos de transação da relação de corrupção, fato este que poderá inviabilizar economicamente o negócio entre o agente e o cliente.

As decorrências da Operação Lava Jato têm demonstrado que, não raro, o processo administrativo tem sido usado como uma cortina de fumaça destinada a encobrir atos de

corrupção de agentes públicos e privados, tornando-os de detecção ainda mais difícil quando albergados por processos administrativos formalmente hígidos, embora ideologicamente ilegítimos. Ou seja, os métodos que desenvolvem a processualidade no campo da expedição de atos discricionários, especialmente aqueles afetos às escolhas administrativas (como os atos normativos de agências reguladoras) certamente contribuem para o aperfeiçoamento da gestão pública e o seu controle, mas não são suficientes para evitar e/ou detectar a corrupção.

Ademais, nem sempre é possível se valer da processualidade para o controle da discricionariedade administrativa, como por exemplo ocorre com os atos atinentes ao exercício do poder de polícia na apreciação de fatos concretos sob o regramento de conceitos jurídicos indeterminados²¹⁸. Nesse sentido, como bem expõe DI PIETRO, mesmo nos denominados atos vinculados existe a possibilidade do exercício da discricionariedade, especificamente no que se refere à escolha do momento da prática do ato pelo agente público²¹⁹. Tal circunstância inclusive possui um termo específico da literatura anticorrupção relacionada ao ato de corrupção destinado a dar maior celeridade à prática de atos pela Administração, denominado de *speed money* ou *red tape*.²²⁰

Ocorre que a doutrina administrativista, ao se preocupar basicamente com o processo de formação do ato administrativo discricionário, acabou por não dar atenção à pessoa da qual emana a vontade da Administração, isto é, o agente público, relegando-o

²¹⁸ “Ao contrário, haverá discricionariedade quando: (...) 2. a lei definir o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos (os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*) que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios, é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar ‘falta grave’ ou ‘procedimento irregular’, sem definir em que consistem; ou quando exige, para o provimento de certos cargos, ‘notável saber’; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a *conceito de valor*, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso frequente pelo legislador.” (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 77-78.)

²¹⁹ “Não há dúvida de que, no que diz respeito ao *momento* da prática do ato, pode-se afirmar que existe, em regra, discricionariedade, até mesmo com relação aos chamados atos vinculados. Se a lei nada estabelece a esse respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim.” (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73.)

²²⁰ Como exemplo, tem-se o caso da denominada “máfia dos fiscais do ISS” ocorrido no Município de São Paulo. Conforme disciplinava a legislação urbanística do município de São Paulo, um dos requisitos para a expedição do “habite-se” era a emissão do certificado de quitação do ISS referente à obra. Assim, diante dos graves problemas que poderiam ser gerados para o empreiteiro no que se refere ao atraso na expedição do “habite-se”, como processos oriundos dos adquirentes dos imóveis, a expedição do referido certificado tornou-se grande foco de corrupção no Município, uma vez que os agentes privados buscavam acelerar o trâmite dos processos por meio do pagamento de vantagens indevidas aos agentes públicos, bem como estes também se valiam da situação de necessidade do certificado de quitação do ISS para cometer o crime de concussão contra os empreiteiros.

basicamente a temas afetos a processos disciplinares, deixando assim de considerar mecanismos de desincentivos à corrupção no controle da Administração Pública, na estruturação e desenho das leis e das instituições. Nesse sentido, é possível constatar que a doutrina, ao tratar do tema do controle da Administração Pública, raramente menciona a figura do agente público, mas sim aspectos relacionados ao ato discricionário e ao processo administrativo que lhe conformou.

Isso, de certa forma, influencia na atuação dos órgãos de controle, os quais, sob o fundamento de agirem para combater a corrupção, costumam considerar algum vício procedimental como condição suficiente para anular atos administrativos e punir agentes públicos e privados, ainda que o alegado vício seja decorrente de interpretação de norma abstrata e de uma suposta incompatibilidade do ato com os princípios da Administração Pública.

Essa prática pode ser percebida especialmente no âmbito dos inquéritos civis promovidos pelo Ministério Público, que raramente preocupa-se em apurar questões personalíssimas referentes aos agentes públicos que praticaram o ato questionado, como a compatibilidade patrimonial com a renda e a eventual existência de conflitos de interesse, tomando por suficiente para mover as ações cabíveis (como a de improbidade administrativa) a mera alegação de vício procedimental ou de incompatibilidade do ato discricionário proferido com os princípios da Administração Pública, dentre eles o da moralidade administrativa.

Ocorre que, conforme já mencionado, o processo administrativo não é capaz, por si só, de afastar a ocorrência da corrupção no âmbito da Administração Pública, tampouco garante a sua detecção por parte dos órgãos de controle. Por isso, além do desenvolvimento da processualidade como requisito para a conformação dos atos discricionários, é também necessário o desenvolvimento dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos. Ou seja, além da verificação da higidez do processo administrativo, faz-se necessário o controle por meio da análise de aspectos personalíssimos dos agentes públicos e privados envolvidos no processo.

Esse caminho para o controle da Administração Pública vem ganhando forma desde do ano de 2013, quando o direito administrativo começou a se dedicar não apenas à processualidade como meio de prevenção e detecção da corrupção, mas também aos

mecanismos de incentivos e barreiras às práticas corruptas por parte dos agentes públicos e privados, aproximando-se assim do direito penal em um movimento que podemos denominar de direito administrativo anticorrupção, o qual será melhor delineado a seguir.

3.3.3 O desenvolvimento do direito administrativo anticorrupção

Conforme demonstrado na seção 2, os estudos realizados pela perspectiva econômico-política da corrupção iniciaram-se com enfoque em questões macro, por meio da correlação do fenômeno com o processo de desenvolvimento dos países e, posteriormente, com a aproximação da teoria da escolha racional à criminologia, passaram a se dedicar a aspectos micro, em especial os relacionados aos elementos de incentivo e dissuasão dos agentes ao ingresso em práticas ilícitas.

O sistema jurídico recebeu os influxos do sistema econômico relacionados à essa perspectiva de análise da corrupção e também passou a se preocupar não apenas com os processos nos quais os agentes estão envolvidos, mas também com elementos que possam induzir/inibir esses agentes a comportamentos ilícitos.

No Brasil, o recebimento desses influxos por parte do sistema jurídico pôde ser percebido especialmente a partir do ano de 2013, com a aprovação de um pacote legislativo em resposta às manifestações de junho daquele ano, destinado à prevenção, detecção e punição dos atos relacionados à corrupção. O referido pacote foi composto pelos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses); b) Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas); e c) Lei nº 12.846/2013 (Lei da Empresa Limpa, ou Lei Anticorrupção).

A Lei nº 12.813/2013, ao tratar os casos de conflitos de interesses²²¹ no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal, além de estabelecer impedimentos posteriores (quarentena) ao exercício das funções públicas por aqueles atingidos por suas disposições, trouxe importante mecanismo de prevenção da corrupção baseado na análise de

²²¹ BRASIL. Lei nº 12.813/2013.

“Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e”

condições personalíssimas (interesses) dos agentes públicos, especificamente em relação àqueles que detêm poder de comando²²² da Administração.

A premissa utilizada pela Lei nº 12.813/2013 é a mesma estabelecida para os denominados crimes de perigo²²³, ou seja, apenas a exposição da Administração ao risco de ocorrência de algum ato ilícito (como corrupção), conforme as hipóteses²²⁴ taxativas

²²² BRASIL. Lei nº 12.813/2013.

“Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:

- I - de ministro de Estado;
- II - de natureza especial ou equivalentes;
- III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e
- IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.”

²²³ “Nos crimes de perigo, o delito consuma-se com o simples perigo criado para o bem jurídico. O perigo pode ser individual, quando expõe ao risco o interesse de uma só ou de um número determinado de pessoas (arts. 130, 132 etc.), ou coletivo (comum), quando ficam expostos ao risco os interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas, tais como nos crimes de perigo comum (arts. 250, 251, 254 etc.).” (MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, p. 124.)

²²⁴ BRASIL. Lei nº 12.813/2013.

“Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

- I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;
- II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;
- III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;
- IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;
- VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e
- VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

- I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e;
- II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:
 - a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;
 - b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;

previstas na lei, é motivo suficiente²²⁵ para a imposição de sanção ao agente público, o qual poderá responder por ato de improbidade administrativa se incidir em situação que seja identificada como potencial geradora de conflito de interesse.

Cabe destacar ainda que a Lei nº 12.813/2013 aprimorou os mecanismos de *accountability* dos agentes públicos, especificamente os da alta hierarquia da Administração, em dois pontos: o primeiro ponto relaciona-se ao *aspecto patrimonial*, uma vez que os referidos agentes submeteram-se ao dever de apresentar anualmente “declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre a existência de cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses” (art. 9º, inciso I); o segundo ponto relaciona-se ao aspecto da *transparência*, a fim de possibilitar o controle social das atividades dos referidos agentes públicos, uma vez que estes passaram a ter a obrigação de publicar diariamente na internet suas agendas de compromissos públicos (art. 11), as quais, atualmente, têm sido utilizadas como importante elemento de prova destinado a corroborar as versões de colaboradores premiados no âmbito da Operação Lava Jato.

Ou seja, considerando que a ideia central da corrupção está ligada à subversão do interesse público pelo privado por meio do oferecimento de vantagens indevidas aos agentes públicos, as duas vertentes de atenção da Lei nº 12.813/2013, quais sejam, o controle de situações de conflitos de interesses e a fiscalização patrimonial dos agentes, demonstram-se importantes mecanismos de prevenção e detecção de atos ilícitos relacionados à corrupção.

Apesar de a Lei nº 12.813/2013 ter trazido importantes instrumentos para prevenir e detectar atos de corrupção no âmbito do direito administrativo, pode-se dizer que a ideia de direito administrativo anticorrupção vem sendo desenvolvida com maior evidência a partir da interação de outras duas leis aprovadas no pacote de 2013: a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou

d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.”

²²⁵ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Art. 4º. §2º.

“§2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.”

A Lei nº 12.850/2013 concebeu novo tratamento para as organizações criminosas, principalmente em relação à investigação criminal, estabelecendo novos meios de obtenção de prova²²⁶, como a ação controlada e o acordo de colaboração premiada, sendo este o instrumento destinado às pessoas físicas dispostas a: a) reconhecer os atos ilícitos praticados e; b) colaborar com as investigações e ressarcir os prejuízos ocasionados pelos seus atos. Como benefícios, o colaborador poderá receber imunidade penal, perdão judicial e redução das penas.

Por fim, a Lei nº 12.846/2013, denominada de Lei Anticorrupção, estabeleceu um novo²²⁷ regime jurídico sancionatório para as pessoas jurídicas em razão de atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Este novo regime permite que as pessoas jurídicas possam ser responsabilizadas objetivamente²²⁸ por atos praticados por seus prepostos, mantendo-se em relação a estes a aplicação do regime jurídico da Lei nº 8.429/1992, ou seja, as pessoas físicas ainda devem responder de forma subjetiva por seus atos. Ademais, seguindo a linha do estabelecido pela Lei nº 12.850/2013, a Lei Anticorrupção trouxe um importante mecanismo de investigação de atos de corrupção, que é o acordo de leniência²²⁹ para a pessoa jurídica.

²²⁶ BRASIL. Lei nº 12.850/2013.

“Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.”

²²⁷ Conforme dispõe SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL, a Lei nº 12.846/2013 derogou as disposições da Lei nº 8.429/1992 em relação às pessoas jurídicas, uma vez que estabeleceu um novo regime de responsabilidade em relação aos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Entendimento contrário acarretaria a existência de antinomia no sistema jurídico e conseqüentemente possibilitaria a incidência de *bis in idem* em relação às sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por fatos idênticos cometidos contra os mesmos bens jurídicos tutelados. (TOJAL. Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/13*. In **Revista dos Tribunais**, vol. 947, set. 2014, pp 281-294.)

²²⁸ BRASIL. Lei nº 12.846/2013.

“Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

²²⁹ BRASIL. Lei nº 12.846/2013.

A aproximação do direito administrativo ao direito penal ocorreu especialmente por meio dos dois institutos de colaboração previstos na Lei nº 12.850/2013 e na Lei Anticorrupção. Essa aproximação se deu principalmente por uma característica peculiar das empresas no Brasil, que é a prevalência do modelo voltado para o controle familiar.

Conforme exposto na subseção 2.1.4, um ambiente no qual prevalece a *confiança interpessoal* é o de maior risco à corrupção, uma vez que necessariamente há de se ter confiança para adentrar em um acordo corrupto. Em um ambiente tomado por relações familiares, prevalece a confiança interpessoal, sendo que essa premissa vale tanto para o âmbito público quanto para o privado.

Dessa forma, não é de se estranhar que praticamente todas as maiores empreiteiras do país, as quais foram envolvidas na Operação Lava Jato, sejam geridas por uma estrutura familiar, estrutura esta que fragiliza os mecanismos internos de controle e possibilita, assim, que haja mais facilmente o estabelecimento de relações promíscuas com agentes públicos, criando um verdadeiro capitalismo de laços entre o setor público e o privado.

Entretanto, apesar desse modelo de grandes empresas familiares ter contribuído para a proliferação da corrupção no Brasil, curiosamente este mesmo modelo foi o responsável pelo grande êxito nas investigações procedidas pela Operação Lava Jato. Isso porque as famílias controladoras de tais empresas não pouparam esforços para colaborar com as investigações, seja por meio das pessoas físicas, seja por meio das jurídicas, de modo a livrar os integrantes do seu núcleo de sanções penais e civil-administrativas. Ou seja, a opção de colaborar com o Poder Público assume muito mais uma feição de autoproteção nas empresas familiares do que um cálculo de custo-benefício econômico.

Essa peculiaridade brasileira no que se refere às estruturas de comando das empresas, além de impulsionar as investigações da Operação Lava Jato, também aproximou o direito penal do direito administrativo, uma vez que os instrumentos de colaboração previstos nas duas esferas (colaboração premiada e leniência) passaram a se comunicar em

“Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”

razão da confusão das pessoas físicas colaboradoras com o comando das pessoas jurídicas lenientes.

Essa aproximação do direito penal é apenas uma das características do direito administrativo anticorrupção. Dentre as suas demais características, podemos destacar as seguintes:

Mudança da perspectiva do direito sancionador. O direito administrativo anticorrupção, ao estabelecer mecanismos de direcionamento de comportamentos por meio de normas que estimulam a autorregulação das pessoas jurídicas mediante o abrandamento ou não aplicação de sanções, altera a perspectiva do direito sancionador, que passa de uma visão meramente retrospectiva (ou seja, da imposição de uma sanção como punição por um ato praticado), para uma visão prospectiva, consistente no estímulo a comportamentos positivos por meio de sanções premiais.²³⁰

Estímulo à autorregulação das pessoas jurídicas. O direito administrativo anticorrupção parte da premissa de que o ato de corrupção ocorre de forma sigilosa, por meio de ações e relações às quais dificilmente os órgãos de fiscalização do Estado conseguirão detectar. Assim, o direito administrativo anticorrupção estimula as próprias pessoas jurídicas a estabelecerem os seus mecanismos de controle interno (*compliance*) a fim de evitar ou abrandar as sanções previstas em lei. É certo que a adesão a este estímulo depende da efetividade da ação estatal na punição das empresas infratoras, bem como da segurança jurídica necessária à concessão dos benefícios àquelas empresas que decidirem colaborar com o Estado no caso de detectarem ato ilícito praticado por algum de seus prepostos.

Consensualidade como mecanismo de combate à corrupção. A dificuldade na comprovação dos atos ilícitos relacionados à corrupção implica a necessidade de novos caminhos ao direito sancionador, que passa de um mero exercício do poder de império do Estado a uma ação estratégica e negocial, focada na consensualidade com as pessoas jurídicas infratoras. Busca-se assim, mediante o consenso, a forma mais efetiva do Estado

²³⁰ “Em determinadas situações regulatórias, a aplicação de mecanismos normativos menos intrusivos à esfera de liberdades dos agentes regulados pode se mostrar pragmaticamente mais eficiente à obtenção dos resultados socialmente desejados, em caráter autônomo ou complementar à regulação por normas de comando e controle. Nesse sentido, cabe ao regulador conceber hipóteses normativas de estímulo ou indução voluntária de comportamentos, evidentemente acompanhadas de mecanismos econômicos de recompensa ou de geração de posições jurídicas de vantagem, em caso de aceitação do *trade off* proposto no esquema regulatório. Daí a essência da regulação por incentivos: conceder prêmios ou recompensas ao regulado que adira voluntariamente a uma proposta normativa não cogente, incluída no espectro de políticas públicas desenhadas para determinado setor.” (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 155)

ressarcir-se dos prejuízos sofridos; de impor sanção à pessoa jurídica infratora; e de permitir que esta possa continuar exercendo a sua atividade econômica a fim de que consiga cumprir com os seus compromissos acordados e continue gerando empregos e riquezas para a sociedade.

Em relação a este último ponto, discorreremos a seguir com mais detalhes sobre a relevância da consensualidade para a efetividade do combate à corrupção.

3.3.3.1 A consensualidade no combate à corrupção

Há tempos que a consensualidade vem galgando espaço no âmbito do direito administrativo de forma a substituir a tradicional visão imperativa no exercício da função pública para uma atuação baseada no consenso como meio eficaz de resolução de conflitos. A participação popular em processos administrativos (audiências e consultas públicas), a celebração de termos de ajustamento de conduta com as autoridades públicas e a realização de acordos substitutivos²³¹ à sanção no âmbito das agências reguladoras são alguns exemplos que demonstram essa mudança de eixo de atuação da Administração.

Como dispõe SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL:

A crescente utilização dos instrumentos consensuais para a resolução de conflitos e tomada de decisões está estreitamente ligada à preocupação com a eficiência do aparato estatal, fomentada principalmente pelas demandas sociais relacionadas à efetivação de direitos e à moralização na gestão da coisa pública. Para tanto, exige-se uma maior flexibilidade na relação dos órgãos administrativos com os particulares, possibilitando, deste modo, a minimização das consequências negativas às partes envolvidas e, ao mesmo tempo, a maximização dos benefícios direcionados ao atendimento do interesse público.²³²

²³¹ Conforme dispõe JULIANA BONACORSI DE PALMA, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão nº 2.212/2017, reconheceu que a Lei da Ação Civil Pública concede, em seu artigo 5º, §6º, o permissivo genérico para a realização de acordos no âmbito da Administração. No caso em questão, o TCU analisou um acordo (TAC) entre a empresa Telefonica e a ANATEL, por meio do qual foi autorizado à empresa substituir o valor das multas devidas pela realização de investimentos em diversos municípios. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *O que o TCU tem a dizer sobre acordos administrativos?* Disponível em: <<https://jota.info/colunas/controle-publico/o-que-o-tcu-tem-a-dizer-sobre-acordos-administrativos-15112017>>. Acesso em 05 de dezembro de 2017.).

²³² TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor. *A leniência anticorrupção: as primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ASSIS MOURA, Maria Thereza de. (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. No prelo.

Os bons resultados obtidos com a utilização da consensualidade no exercício da função administrativa fizeram com que o instituto avançasse naturalmente para todas as áreas da Administração, principalmente àquelas tradicionalmente moldadas pela imperatividade, como as relativas ao exercício do poder de polícia. Dessa forma, o direito administrativo sancionador adquire um novo paradigma, que é o da cooperação por meio da indução a comportamentos por meio de sanções premiais²³³.

Nessa linha, a Lei nº 12.846/2013, ao mesmo tempo que estabeleceu sanções rigorosíssimas às pessoas jurídicas que praticarem atos ilícitos contra a Administração Pública, também trouxe a previsão do acordo de leniência, instrumento por meio do qual a empresa leniente compromete-se a identificar todos os envolvidos no ato ilícito questionado; a realizar a exposição (*disclosure*) de todas as informações e documentos que atestem a prática da conduta ilícita; e a implementar mecanismos de controle interno (*compliance*), com objetivo de mitigar o risco da ocorrência de novos atos ilícitos no futuro. Em troca, a empresa leniente poderá ser beneficiada com a redução de penalidades, devendo, no entanto, ressarcir todos os prejuízos causados à Administração, ainda que de forma programada de acordo com a sua capacidade de pagamento (*ability to pay*).

Podemos asseverar que a Lei nº 12.846/2013 é uma lei de 2ª geração no combate à corrupção no Brasil. Isso porque, ao incorporar o novo paradigma da consensualidade no enfrentamento do fenômeno, inovou em relação à Lei nº 8.429/1992, a qual veda²³⁴, em seu

²³³ “Em determinadas situações regulatórias, a aplicação de mecanismos normativos menos intrusivos à esfera de liberdades dos agentes regulados pode se mostrar pragmaticamente mais eficiente à obtenção de resultados socialmente desejados, em caráter autônomo ou complementar à regulação por normas de comando e controle. Nesse sentido, cabe ao regulador conceber hipóteses normativas de estímulo ou indução voluntária de comportamentos, evidentemente acompanhados de mecanismos econômicos de recompensa ou de geração de posições jurídicas de vantagem, em caso de aceitação do *trade off* proposto no esquema regulatório. Daí a essência da regulação por incentivos: conceder prêmios ou recompensas ao regulado que adira voluntariamente a uma proposta normativa não cogente, incluída no espectro de políticas públicas desenhadas para determinado setor.” (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 155)

²³⁴ Em nosso entendimento, a vedação à transação prevista no artigo 17, §1º da Lei nº 8.429/1992 não mais se sustenta diante de uma interpretação sistêmica da norma. Isso porque, considerando que a Lei de Improbidade integra o microsistema de combate à corrupção, não há como se conceber que a pessoa física ou jurídica que colaborar com o Poder Público possa sofrer as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 em decorrência da sua colaboração, o que de fato fulminaria toda a estrutura voltada à consensualidade e cooperação prevista nas Leis nº 12.850/2013 e nº 12.846/2013. Nesse sentido, discorre NICOLAO DINO: “O próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo, pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa. Isso iria de encontro,

artigo 17, §1º, a realização de qualquer tipo de transação relacionada às ações de improbidade administrativa.

Não há evidentemente como questionar a efetividade da consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador, em especial quando são verificados os resultados obtidos por meio dos acordos realizados no bojo da Operação Lava Jato, sendo que, provavelmente, a maioria dos ilícitos praticados sequer teria sido detectada se não fosse a colaboração das pessoas físicas, por meio dos acordos de colaboração premiada, bem como das pessoas jurídicas, por meio dos acordos de leniência.

Ocorre que não se pode deixar de ter em mente que o referido modelo de consensualidade destinado ao enfrentamento da corrupção originou-se do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, o qual, ao contrário do Brasil, configura-se praticamente²³⁵ como um sistema de agência única de combate à corrupção nos casos tratados sob o enfoque do *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA), o que facilita o uso da consensualidade, tendo em vista que não há disputa entre órgãos em razão de sobreposição de competências.

Conforme dispõe TOJAL, ao analisar dados estatísticos²³⁶ obtidos em estudo realizado pela Universidade de Stanford, a robustez do sistema de colaboração estadunidense em relação ao tema da corrupção pode ser explicada em razão:

- 1) da efetividade do sistema punitivo estadunidense (judicial e administrativo), que serve de incentivo para a realização dos acordos; 2) do efetivo cumprimento dos acordos por parte do Estado, e 3) da consciência das autoridades de que a celebração de acordos com as empresas é o melhor caminho para a investigação de atos ilícitos (principalmente os relacionados à corrupção) e, inclusive, para o ressarcimento dos danos, uma vez que as empresas poderão continuar as

inclusive, ao princípio da proteção da confiança legítima, corolário do princípio da segurança jurídica, o qual preconiza que o cidadão, ao confiar no comportamento do Estado, não pode sofrer prejuízos em consequência direta do crédito a ele atribuído.” (DINO, Nicolao. *A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória*. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodium, 2015, p. 458.)

²³⁵ Nos EUA, o *Department of Justice* (DOJ) possui competência para apurar os casos e mover ações judiciais nas esferas criminal e cível, e para realizar acordos que envolvam as duas esferas. Ainda, a *Securities and Exchange Commission* (SEC), agência reguladora do setor de valores mobiliários com atuação similar à da nossa Comissão de Valores Mobiliários (CVM), possui competência para realizar acordos na esfera cível.

²³⁶ Segundo dados coletados em acompanhamento estatístico realizado pela Universidade de Stanford (EUA) com base em dados obtidos desde 1977 (data de início de vigência do FCPA), 92,42% dos casos submetidos à SEC resultaram em acordo, e 76,21% dos casos submetidos ao DOJ foram resolvidos por meio da consensualidade. Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>>. Acesso em 07 de dezembro de 2017.

suas atividades, garantindo, por conseguinte, a manutenção dos empregos e a prosperidade da economia local.²³⁷

Em adição aos elementos dispostos acima, podemos destacar também: a) o fato do sistema estadunidense anticorrupção ser praticamente de agência única, o que facilita a negociação e a manutenção dos acordos realizados e; b) o potencial econômico²³⁸ do mercado dos EUA ser um grande incentivo para as empresas buscarem a via consensual, uma vez que, em uma análise de custo-benefício econômico, certamente o risco de ser banido do maior mercado consumidor do mundo é um grande incentivo para a cooperação.

Ocorre que no Brasil, em decorrência de um modelo burocrático de construção das instituições do Estado, baseado na desconfiança nos agentes públicos, a estruturação do nosso sistema de controle baseia-se em sobreposições de competências entre diversos órgãos. Embora essa sobreposição de competências possa diminuir a chances de ocorrência de corrupção ante a competição entre os órgãos e as múltiplas instâncias de revisão, reduz-se drasticamente a eficiência do sistema em relação à aplicação de instrumentos voltados à cooperação, uma vez que cria um ambiente de incerteza e insegurança jurídica²³⁹ incompatível com o instituto da consensualidade.

Essa dificuldade vem sendo um dos grandes desafios do direito administrativo para consolidar os instrumentos de consensualidade como mecanismo de enfrentamento da corrupção. Nesse sentido, em decisão proferida nos autos da Ação de Improbidade nº 5025956-71.2016.4.04.7000, ajuizada pela União Federal e em trâmite pela 1ª Vara Federal de Curitiba-PR, o Juiz Friedmann Anderson Wendpap, ao revogar a tutela provisória de indisponibilidade de bens de empresas do Grupo Odebrecht, expôs as dificuldades

²³⁷ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor. *A leniência anticorrupção: as primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ASSIS MOURA, Maria Thereza de. (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. No prelo.

²³⁸ Conforme exposto na Seção 2, os EUA utilizam-se do seu potencial econômico como forma de ditar regras anticorrupção de forma globalizada, inclusive por meio da extensão extraterritorial da sua jurisdição.

²³⁹ Nesse sentido, deve-se destacar a Instrução Normativa nº 74 do Tribunal de Contas da União, por meio da qual a Corte de Contas disciplinou o controle dos acordos de leniência realizados pela União Federal. Ocorre que, em nosso ver, da forma como foi redigida, referida Instrução Normativa extrapola os limites da competência do TCU, tendo em vista que os termos negociados no acordo, bem como sua própria aceitação, são atos discricionários da Administração, não suscetíveis ao controle pelo TCU. Ademais, não se adéqua ao princípio da segurança jurídica o estabelecimento de um mecanismo de controle *a posteriori* em relação aos acordos de leniência, o qual deveria, no máximo, ser controlado de forma prévia por meio da homologação do negócio jurídico, como ocorre com os acordos de colaboração premiada, os quais devem ser homologados pelo Poder Judiciário para se tornarem válidos e eficazes.

enfrentadas em relação aos acordos de leniência devido a disputa entre os diversos órgãos e instituições do Estado:

Portanto, se, de um lado, há obrigação do Ministério Público Federal em formular requerimento de desbloqueio de bens por força do acordo, de outro, há a previsão de pagamento pela empreiteira de vultosa quantia cuja maior parte será destinada ao ressarcimento do dano ao erário. Nessa linha de raciocínio, indeferir o pedido do desbloqueio seria contrassenso, por duas razões.

Primeira. O Estado, seja concebido à luz de conceito sociológico, seja concebido à luz de conceito puramente jurídico, não pode se fragmentar em múltiplos órgãos, cada qual simbolizando a idiosincrasia de seus agentes públicos. O Estado, ou melhor, a Administração Pública é una, e sua subdivisão, ainda que sob o prisma da independência funcional de seus agentes, deve levar em conta que o administrado não pode ficar a mercê de conflito de atribuições internas à pessoa política com quem mantém relações, quer de natureza contratual, quer de natureza legal.

Nesse contexto, ao celebrar o acordo de leniência, o Ministério Público Federal age em prol do interesse primário -- e não secundário -- da Administração Pública, que, no caso, pertence à União. Assim, defendendo interesses em nome da pessoa política -- o que não se assimila à advocacia prestada a ente público --, soa, no mínimo, contraditório a insurgência da Advocacia-Geral da União contra o cumprimento do acordo, cujo fim precípua é, justamente, facilitar o ressarcimento do dano. Assim, manter o bloqueio implicaria negar eficácia a acordo celebrado com base em legislação técnica, por mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado em si (unitariamente concebido), dando ensejo, no mais, a comportamento contraditório por parte da Administração Pública: *nemo potest venire contra factum proprium*. Como preleciona José dos Santos Carvalho Filho:

‘A despeito de oriunda do direito privado, tem-se desenvolvido e aplicado no âmbito dos contratos administrativos a teoria do "venire contra factum proprium", segundo a qual é vedado ao contratante assumir, supervenientemente, comportamento incompatível com o que adotara ao início do ajuste, em evidente ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, já consagrado no direito civil em harmonia com o princípio da probidade. A quebra da confiança por parte do pactuante, no caso, acaba por provocar-lhe situação de culpa para o fim de rescisão do contrato, como já consignaram estudiosos e jurisprudência. É inescusável, portanto, que a Administração se conduza, no curso do contrato, em contradição com sua postura inicial, hipótese que configura verdadeira inexecução do contrato. O mesmo, aliás, se passa com o particular contratado. A confiança legítima, a boa-fé objetiva e a lealdade contratual são exigidas de ambos os pactuantes.’(FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.212).

O Estado brasileiro sói ser a Hidra de Lerna e não o Leviatã de Hobbes. Os particulares expendem esforço hercúleo para lidar com as múltiplas e

imprevisíveis cabeças que brotam infinitamente desse monstro. Porém, em alguns momentos o cotidiano esquizofrênico do nosso Estado deve ceder passo à racionalidade e a sua *ratio existendi* - prover segurança nas relações intersubjetivas - prevalecer altaneira. Ocasões em que se faz história e não apenas tange-se a rotina como devir enfadonho.

O caso *sub oculi* tem conotações emocionais e políticas de magnitude extraordinária, exigindo das autoridades judiciais forte liame com o princípio de devido processo legal. Inexiste margem para adaptações casuísticas que atendam ao *strepitus fori*. Previsibilidade, cumprimento da palavra empenhada, honra, são virtudes geradoras de confiança nas relações sociais. Como não adimplir a palavra da União veiculada pelo MPF?

Do ponto de vista dos particulares, o Ministério Público da União e a Advocacia Geral da União são indistinguíveis, são o ente União e não o pulmão esquerdo e o direito de um organismo. O particular transacionou com o ente, não com os órgãos. Por isso, a transação entre o Ministério Público Federal e as pessoas que representam o conjunto de Empresas Odebrecht é válido, vigente, imperativo, alcançando todos os órgãos da União, mesmo os que manifestam resistência.

Segunda razão. É ainda mais evidente que, uma vez celebrado acordo com o colaborador, em que se pactua o levantamento de constrição, não é concebível manter o bloqueio dos bens do agente apenas em razão de que não houve imputação dos pagamentos, seja na ação de improbidade, seja no acordo de leniência. Isso por uma singela razão: é ônus da acusação provar que o bloqueio judicial ainda é necessário para satisfazer o crédito, conforme preceitua, aliás, expressamente o parágrafo único do artigo 7º da Lei 8.429/92: "[...] A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito." Ora, pensar diversamente implicaria subverter as premissas mais básicas que fundam a hermenêutica jurídica aplicável ao direito sancionatório.

Nesse contexto, como a empresa se comprometeu a pagar oito bilhões de reais e como o dano relativo a tutela provisória alçaria o valor de dois bilhões, caberia a acusação ter demonstrado que o bloqueio seria imprescindível para ressarcir o dano, estimando, ao menos, qual teria sido o prejuízo global causado. Não o tendo feito -- ou sendo impossível fazê-lo, por ora --, deve ser dada plena deferência ao acordo de leniência celebrado com o Ministério Público Federal.²⁴⁰

É muito provável que nesse ambiente de disputa institucional o Supremo Tribunal Federal será acionado para atuar como um Poder Moderador, de forma a disciplinar as

²⁴⁰ BRASIL. 1ª Vara Federal de Curitiba – PR. Ação de Improbidade nº 5025956-71.2016.4.04.7000. Evento 187. Disponibilizado em 24 de março de 2017. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 700003122957v81 e do código CRC 937437d8. Acesso em 09 de dezembro de 2017.

condutas que deverão ser adotadas pelos órgãos e instituições do Estado em relação a eventuais acordos celebrados por outros, a fim de garantir a segurança jurídica necessária para a efetividade dos instrumentos de consensualidade no combate à corrupção, bem como para prevenir que interesses escusos se infiltrem nas instituições e, sob o argumento de defenderem o interesse público, atuem com a finalidade de boicotar os acordos e esvaziar as investigações para proteger interesses privados.

É certo que a utilização dos instrumentos de consensualidade no combate à corrupção é um processo de aprendizado, no qual ainda estamos engatinhando. No entanto, não é possível deixar de notar um paradoxo na utilização da consensualidade em relação ao tema da corrupção, o qual reside justamente no tema da discricionariedade.

Como exposto anteriormente, seja pela literatura anticorrupção, seja pela doutrina administrativista, o tema da discricionariedade sempre esteve ligado ao risco de ocorrência de corrupção e desvio de poder no exercício da função pública. Ocorre que o instrumento que tem se mostrado de maior efetividade no combate à corrupção é, justamente, o meio que confere maior margem de discricionariedade à atuação dos agentes públicos, que são os acordos de colaboração premiada e de leniência.

Não há como se negar que um ato de negociação envolve discricionariedade²⁴¹, seja em relação à definição do conteúdo das cláusulas do acordo como na própria aceitação do negócio jurídico. Embora a lei defina os requisitos mínimos para habilitar uma pessoa física ou jurídica a um acordo, cabe a autoridade competente, mediante um juízo de conveniência e oportunidade, aceitar ou não um acordo de colaboração ou leniência.

Porém, pode-se questionar se, ao concedermos tamanho poder discricionário às autoridades públicas em relação aos acordos, não estaríamos transformando um instrumento de combate à corrupção em um novo foco de corrupção. A questão não é simples, sendo que alguns exemplos²⁴² de aparentes desvios de conduta ocorridos no âmbito da própria

²⁴¹ Como exemplo, a Lei nº 12.529/2011 (Lei do CADE) dispõe, em seu artigo 85, que o acordo denominado Termo de Cessão de Conduta (TCC) será realizado mediante juízo de conveniência e oportunidade da instituição. Essa premissa aplica-se a todo tipo de acordo administrativo, uma vez que a discricionariedade é inerente ao processo de negociação. Ainda que a lei defina diretrizes e requisitos mínimos para a realização do acordo, não há como afastar o exercício do poder discricionário da negociação das cláusulas e da própria aceitação do acordo.

²⁴² Tome-se como exemplos o caso do Procurador da República Ângelo Goulart Villela, o qual chegou a ser preso preventivamente sob a acusação de repassar informações sigilosas a representantes do Grupo J&F para auxiliar nas negociações do acordo de leniência, bem como o caso do ex-Procurador da República Marcelo Miller, o qual é acusado de incidir em hipótese de configuradora de conflito de interesses, uma vez que atuou

Operação Lava Jato demonstram que a combinação de elevado poder discricionário e relacionamento com interesses privados na negociação e celebração dos acordos pode ser perigosa.²⁴³

O fato é que, independentemente da resposta a essa questão, a busca pela eficiência no exercício da função administrativa invariavelmente levará a algum *trade-off*, ou seja, aceita-se a concessão de maior poder discricionário aos agentes públicos em troca de um benefício maior à sociedade, ainda que isso possa abrir novos flancos para a corrupção adentrar à Administração Pública.

Esse é exatamente o pano de fundo do presente trabalho: como diminuir os riscos existentes nesses *trade-offs*, especialmente quando a escolha pela eficiência da Administração Pública pode gerar o risco de abertura para a incidência da corrupção. No caso, o objeto de análise será justamente onde mais este tipo de situação ocorre, que é no âmbito das licitações e contratos administrativos, o que será desenvolvido na próxima Seção.

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Como visto, o fenômeno da corrupção tende a aumentar os influxos decorrentes dos demais sistemas ao sistema jurídico, induzindo muitas vezes a atividade jurisdicional a atuar

na negociação do acordo de leniência do Grupo J&F enquanto ainda estava investido no cargo de Procurador da República.

²⁴³ A busca por maior transparência em relação aos acordos realizados no âmbito do DOJ, nos EUA, tem sido um dos grandes temas em discussão. O denominado *non-prosecution agreement* (NPA), acordo não público e pelo qual sequer há o ajuizamento de qualquer demanda por parte do DOJ contra a empresa colaboradora, tem sido duramente criticado, principalmente após a crise financeira de 2008, uma vez que sequer foi possível saber quais os critérios utilizados pelos promotores para celebrar os acordos com as instituições financeiras. Nesse sentido, a discussão atual nos EUA é como estabelecer diretrizes (*guidelines*) para a atuação dos promotores na negociação dos acordos. Nesse sentido, GARRETT expõe que a solução para o problema da transparência é determinar que o acordo seja homologado e seu cumprimento supervisionado pelo Poder Judiciário: "There is another model for handling cases that raise importante issues of public interest: the structural reform model. When regulators or prosecutors seek a civil consent decree to reform an institution, they must do it in a court, with notice and a chance for the public to participate, and where the judge must explicitly consider the public interest. The same standards should govern corporate prosecutions. A few judges have refused to approve corporate plea agreements, finding them not in the public interest. Judges should consider the public interest when reviewing both plea agreements and deferred prosecution agreements. Formal rules for ensuring participation of victims and the public should be put into place. Judges should insist on full and open hearings before approving corporate prosecution agreements. Congress could pass legislation laying out clear standards for approving corporate criminal settlements." (GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 282)

de forma a esvaziar direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição a fim de buscar uma maior “efetividade” ao processo sancionador. Tal fato causa uma disfuncionalidade no próprio sistema jurídico, que passa a operar de forma aberta, principalmente por meio das normas compostas de conceitos jurídicos indeterminados, o que, por consequência, produz indevida interferência nos demais sistemas, principalmente no econômico e no político.

Não se nega a importância da multidisciplinariedade à análise do fenômeno da corrupção, principalmente para que as contribuições dos demais sistemas possam auxiliar no desenvolvimento do desenho institucional mais adequado ao enfrentamento do problema. Entretanto, na esfera jurídica, a corrupção, como um comportamento reprovável e que deve ser reprimido do meio social, sempre será objeto de análise do direito sancionador, sendo que, nesta seara, o formalismo jurídico é relevante e imprescindível para legitimação do processo e resguardo de direitos e garantias fundamentais, especialmente em relação ao direito administrativo, o qual possui fórmulas mais abertas do que as do direito penal, o que traz grandes problemas quando se pretende operacionalizar o sistema jurídico com fundamento em conceitos utilizados por outros sistemas.

Assim, a definição de uma teoria sobre a corrupção no âmbito do direito sancionador torna-se fundamental para manter fechada a operacionalidade do sistema jurídico, mas também para resguardar direitos e garantias fundamentais e manter a autonomia da política e da gestão administrativa, que não pode ser conduzida pelas opções dos controladores ou dos juízes, sendo que, ao nosso ver, a teoria da agência adequa-se ao regime jurídico do direito sancionador e concede maior segurança jurídica para enfrentamento do problema, seja no âmbito penal ou no âmbito administrativo.

Nesse sentido, a corrupção sofre tratamento diferenciado nos ramos do direito sancionador. O direito penal trabalha com uma noção diretriz do conceito de corrupção, que é estabelecida no Código Penal, no rol dos crimes contra a Administração Pública, em especial os crimes de corrupção passiva e corrupção ativa, ambos de natureza formal (não prescindem do resultado para sua consumação), dolosos, sendo o bem jurídico tutelado a Administração Pública, em seus aspectos patrimonial e moral. Ainda que os elementos para a caracterização do crime de corrupção passiva, como o ato de ofício, possam gerar algumas ampliações indevidas do direito penal, este trabalha com tipos e noções fechadas, diferentemente do que ocorre com o direito administrativo.

Essa maior liberdade para o tratamento da corrupção pelo direito administrativo possui suas vantagens e desvantagens.

As vantagens estão relacionadas a uma maior capacidade de estabelecer mecanismos de prevenção à corrupção, bem como de punição aos agentes infratores, uma vez que o direito administrativo permite uma análise fragmentada do ato de corrupção, sendo que, para a sua caracterização, não há necessidade, *a priori*, de estarem presentes todos os seus elementos de forma cumulativa, como costuma ocorrer com os tipos penais. Essa maleabilidade decorre especialmente do fato de que todo ato de corrupção representa, obrigatoriamente, uma violação aos princípios da Administração Pública.

As desvantagens dessa maior liberdade que o direito administrativo possui para o tratamento do tema está relacionada justamente aos abusos que são cometidos pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, os quais se apoiam em conceitos jurídicos indeterminados para agirem em substituição aos gestores públicos e, não raro, aplicar punições sobre aspectos subjetivos e de mera interpretação.

Nesse sentido, com receio de sofrerem sanções, os agentes públicos acabam sendo afetados pelo denominado “medo da discricionariedade”, uma vez que, tendo em vista que o direito administrativo sancionador se fundamenta em princípios, como o da moralidade administrativa para enfrentar a corrupção, a adoção de algum ato ou providência que não esteja estritamente de acordo com as formalidades legais poderá ser objeto de questionamento e punição pelos órgãos de controle.

Em razão disso, o estudo da processualidade no direito administrativo assume especial relevância por dois motivos. O primeiro, para viabilizar o controle dos atos discricionários, evitando a mera substituição da vontade do controlador pela do administrador. Nessa seara, a processualidade administrativa ganha destaque como um elemento fundamental para a legitimação do ato discricionário e como referência para o seu controle. O segundo, para dar segurança aos próprios agentes públicos no exercício das suas funções, bem como para melhorar a qualidade dos atos por eles produzidos.

Entretanto, como se tem observado cotidianamente, a processualidade não é suficiente, por si só, para evitar a prática de atos de corrupção. Processos formalmente hígidos, submetidos à consulta pública e aos mais diversos tipos de escrutínio podem ser, mesmo assim, *locus* de relações corruptas.

Dessa forma, o direito administrativo anticorrupção, uma vertente de estudos que vem sendo construída desde o ano de 2013 no Brasil, apresenta-se como um importante mecanismo de enfrentamento do problema, uma vez que o seu objeto de estudo não está atrelado somente à processualidade dos atos administrativos, mas sim parte do pressuposto que o agente público é, antes de mais nada, um ser humano e que está sujeito a estímulos para ingressar em relações de corrupção. Assim, o desenvolvimento de mecanismos de dissuasão a comportamentos indesejados, e de indução às práticas positivas, podem ser somados às técnicas atinentes à processualidade administrativa, de modo a criar um ambiente mais seguro e resistente à corrupção.

4. A INFLUÊNCIA DO DISCURSO ANTICORRUPÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como demonstrado na Seção anterior, o tema da discricionariedade é relacionado diretamente ao risco de corrupção na Administração Pública, uma vez que representa a concessão de um campo de liberdade de ação ao agente público, no qual incidem incentivos para que este atue com abuso do poder que lhe foi confiado. Dessa forma, o discurso anticorrupção estabelece a premissa de que a discricionariedade dos agentes públicos deve ser cerceada, discurso que ganha força principalmente em ambientes de desconfiança nas instituições do Estado, como é o caso brasileiro.

Ocorre que a discricionariedade assume um relevante papel de conferir a flexibilidade de ação necessária ao gestor público para exercício da função administrativa de forma eficiente e com fundamento nos princípios da administração gerencial. Cria-se, assim, um embate entre aqueles que, com base no discurso anticorrupção, defendem regras mais detalhistas de modo a cercear o campo de discricionariedade dos agentes públicos, com aqueles que defendem normas mais gerais, mais leves, que possam conferir maior liberdade, a fim de que a Administração possa agir com mais rapidez e eficiência na execução das suas funções.

Esse embate pautou a realização de reformas no âmbito da Administração Pública brasileira, a estruturação das regras de licitação e contratos administrativos, bem como induziu a uma cultura legislativa reativa a casos de corrupção, a qual traz, como consequência, a produção de leis sem a devida análise precedente de custo-benefício, conforme será demonstrado a seguir.

4.1 O DISCURSO ANTICORRUPÇÃO E OS SEUS EFEITOS SOBRE A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Conforme discorrido na subseção 3.3.2, o tema da discricionariedade sempre foi objeto de atenção da doutrina administrativista uma vez que constitui a chave do equilíbrio

entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais. Nesse sentido, a limitação do exercício do poder discricionário ocorreu de forma gradual conforme a evolução do próprio Estado, sendo mais amplo na vigência de um Estado autoritário, e sofrendo maiores restrições em um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, diante de um contexto de globalização, no qual há um grande dinamismo nas relações sociais, políticas e econômicas, havendo principalmente um ambiente de constantes demandas sobre o Poder Público, seria possível garantir uma Administração Pública eficiente sem a concessão de discricionariedade aos agentes públicos?

Parece-nos que a resposta é negativa, uma vez que entendimento contrário pressuporia que a lei, por si só, seria capaz de prever e regulamentar, de forma objetiva, todas as relações sociais, políticas e econômicas existentes no âmbito de uma sociedade complexa, o que de fato é impossível, tendo em vista que o sistema jurídico não é autopoietico. Assim, não há como se afastar a necessidade do exercício do poder discricionário por parte dos agentes públicos como forma de garantir à Administração a flexibilidade necessária ao atendimento de todas as demandas que lhe são direcionadas.²⁴⁴

Nesse sentido, SÉRGIO GUERRA aduz que como “[o]s temas do cotidiano se encontram com tamanha e progressiva complexidade, gerando novos riscos, novas exceções, novas urgências, novas necessidades e, conseqüentemente, clamam por novos institutos jurídicos e mecanismos de compatibilização das relações entre sistema econômico, sistema social e sistema jurídico sob uma verdadeira sociedade em rede”²⁴⁵, há o risco em se buscar um positivismo exacerbado, por meio do qual o legislador tente prever minuciosamente todos os aspectos da vida, uma vez que:

Em muitas situações, a busca de exaustiva regulação por meio da norma primária, isto é, uma omnímota submissão da sociedade a uma excessiva

²⁴⁴ “Uma das explicações centra-se no seguinte: o Poder Executivo tem a função de direção política e administrativa, aí incluído o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, convivência de massa, problemas sociais, grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidade institucional.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 115.)

²⁴⁵ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 137-138.

padronização e detalhamento de comportamentos por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores pode produzir consequências nefastas ao interesse público, pois a adequação da ação no campo regulatório a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exige uma flexibilidade de regras para a sua correta apreciação e decisão.²⁴⁶

Do ponto de vista do exercício da função administrativa, JOAN PRATS I CATALÁ aduz que a visão burocrática da Administração está desconectada das transformações que vem sofrendo o setor público no Estado Social e Democrático, especialmente a partir da crise fiscal enfrentada por diversos Estados na década de 1970, em razão da qual ocorreu a substituição da ilusão do mundo feito de unidade e certeza pelo reconhecimento do mundo real de complexidades, diferenças e incertezas. Assim, uma visão antidiscricional, típica de um sistema burocrático, não se mostra compatível com a diversidade de tarefas, ambientes e tecnologias a serem desenvolvidas pelas organizações do Estado. Dessa forma, o novo paradigma do direito administrativo deveria deslocar-se do tema da revisão judicial dos atos administrativos à luz dos procedimentos previstos em lei, caro à noção antidiscricional, para o tema do desenvolvimento de mecanismos destinados a melhorar a eficácia e confiabilidade das decisões que se impõem ao administrador.²⁴⁷

Assim, partindo da premissa de que não há como garantir uma Administração Pública eficiente sem que haja considerável margem de discricionariedade para a atuação dos agentes públicos, adentramos em um grave paradoxo quando relacionamos o tema ao combate à corrupção, uma vez que o discurso anticorrupção tem por foco justamente a constrição da discricionariedade no exercício da função administrativa.

Esse paradoxo pode ser melhor visualizado quando analisamos a fórmula de KLITIGAARD, mencionada na subseção 3.3.2. Se substituirmos o elemento “Corrupção” por “Eficiência”, a equação ainda será verdadeira²⁴⁸:

²⁴⁶ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 163.

²⁴⁷ PRATS I CATALÁ, Joan. *Direito e gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*. In **Revista do Serviço Público**, v. 120, nº 2, mai/ago 1996, pp. 23-46.

²⁴⁸ É certo que, neste caso, poderia se discutir sobre o que se entende por eficiência, uma vez que o cenário de máxima eficiência na referida fórmula corresponderia a um governo autocrático. Por óbvio que este é apenas um exercício para demonstrar como há uma forte ligação entre controle da corrupção, discricionariedade e eficiência do Estado.

$$E = M + D - A$$

E = Eficiência

M = Monopólio

D = Discricionariedade

A = *Accountability*

Dessa forma, pode-se chegar à conclusão que o discurso anticorrupção tem como consequência a influência direta na eficiência da Administração Pública. Esse tema foi objeto de análise de FRANK ANECHIARICO e JAMES JACOBS²⁴⁹ por meio de uma das primeiras obras que relaciona a ineficiência da atuação dos governos como consequência de uma busca pela integridade absoluta decorrente do discurso de combate à corrupção (ou como denominado pelos autores, o projeto anticorrupção).²⁵⁰

Os autores dispõem que uma das principais características das normas decorrentes do discurso anticorrupção no âmbito das licitações e contratações públicas é justamente a remoção do poder discricionário dos agentes públicos. Uma das consequências diretas dessa restrição ao exercício do poder discricionário seria a imposição de contratação sempre pelo menor preço, o que não garante a melhor escolha pela Administração.²⁵¹

Além disso, apontam que o discurso anticorrupção promove as patologias da burocracia, uma vez que ocasiona: a) atraso no processo de decisão; b) centralização decisória; c) inadequação de autoridade; d) administração defensiva; e) dispersão das metas e resultados; f) baixa moral dos agentes públicos e; g) barreiras à cooperação entre organizações.

²⁴⁹ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996.

²⁵⁰ O objeto de análise dos autores é o sistema de licitações e contratações de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, sendo que realizam uma relação entre as mudanças legislativas decorrentes de casos de desvios e corrupção e os seus consequentes efeitos sobre a capacidade da Administração prestar os seus serviços de forma eficiente.

²⁵¹ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, p. 132.

No que se refere ao *atraso no processo de decisão*, os autores apontam ser esta uma das patologias mais conhecidas da burocracia, sendo que o discurso anticorrupção atua em dois pontos em relação a este problema: primeiro, induz um processo no qual é imposta a necessidade de múltiplas aprovações para uma decisão final, ainda que seja uma simples decisão de rotina; segundo, produz grande receio nos agentes públicos de que suas decisões sejam questionadas pelos órgãos de controle, fazendo com que eles atuem primordialmente em autopreservação, e não na busca do interesse público.²⁵²

A *centralização decisória* é uma patologia da burocracia porque: a) atua de forma a provocar o atraso no processo de decisão; b) distorce o processo de decisão subavaliando ou ignorando a experiência e o julgamento dos agentes públicos de menor escalão e; c) reduz o moral dos agentes públicos subordinados por meio da retirada do poder de decisão. O discurso anticorrupção, no caso, contribui para a concentração do poder decisório no âmbito da Administração, uma vez que parte do pressuposto de que governos centralizados são mais democráticos, responsivos e, principalmente, mais fáceis de se controlar (*accountable*). Ou seja, para o discurso anticorrupção, descentralização significaria perda de controle e, inevitavelmente, abertura para a ocorrência de atos ilícitos.²⁵³

A *inadequação de autoridade* decorre do fato de que a vontade da Administração passa a ser não mais do gestor, mas sim dos órgãos externos de controle. A excessiva demanda de controle provocada pelo discurso de combate à corrupção transfere, na prática, o poder decisório para os órgãos de controle, os quais atuam de forma a moldar as decisões do administrador, seja por meio de fiscalizações, recomendações e outros procedimentos destinados ao controle da corrupção.²⁵⁴

A *administração defensiva* seria uma decorrência da excessiva carga de controles atinentes ao discurso anticorrupção. Os agentes públicos, com receio de sofrerem sanções em razão de atos ou decisões, atuam de forma cautelosa e sem criatividade, justamente o oposto do que é necessário para uma Administração Pública eficiente. Dessa forma, os

²⁵² ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, pp. 175-176.

²⁵³ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, pp. 176-177.

²⁵⁴ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, p. 177.

gestores recebem incentivos para se preocupar mais com os processos do que com metas e resultados.²⁵⁵

A dispersão das metas e resultados decorre do fato de que o desenho dos sistemas de controle decorrentes do discurso anticorrupção induz os agentes públicos a agirem de forma mais aderente às regras formais do que a buscarem resultados efetivos para a Administração. Isso ocorre especialmente pelo fato de que o pressuposto do discurso anticorrupção é a máxima restrição da discricionariedade dos agentes públicos por meio de processos e regras detalhistas que retiram a flexibilidade necessária à eficiência da Administração.²⁵⁶

A baixa moral dos agentes públicos, segundo os autores, decorre do fato de que a mecanicidade imposta às funções induz à monotonia, aversão ao trabalho e aos objetivos e metas da Administração, situação que acabaria sendo agravada pelo discurso de combate à corrupção adotado pelos órgãos de controle.²⁵⁷

Por fim, o discurso anticorrupção atua de forma a impor *barreiras à cooperação entre organizações*. As regras de combate à corrupção tendem a reforçar a separação entre o setor público e o privado, colocando barreiras à cooperação entre as duas esferas como forma de evitar conflitos de interesse.²⁵⁸

Após exporem os efeitos do discurso anticorrupção sobre a eficiência da Administração, os autores aduzem as seguintes conclusões: a) o discurso de combate à corrupção amplia as disfuncionalidades da burocracia; b) as normas de combate à corrupção são cumulativas; c) o discurso anticorrupção está desconectado com a necessidade de eficiência da Administração Pública.

Dessa forma, para os autores, deve ser reconhecido que nem todos os controles anticorrupção impõem os mesmos custos diretos e indiretos, bem como que frequentemente

²⁵⁵ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, pp. 178-179.

²⁵⁶ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, pp. 179-180.

²⁵⁷ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, pp. 181-182.

²⁵⁸ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, p. 183.

haverá um *trade-off* entre o controle e a eficiência da Administração. Assim, caberia realizar uma avaliação periódica dos mecanismos destinados ao controle da corrupção para examinar se: a) as razões para sua criação ainda existem; b) a corrupção à qual pretendem prevenir e combater é de alta relevância; c) existem razões para se acreditar que reduziram a ocorrência da corrupção à qual foram desenhados à combater; d) não ocasionaram novas vulnerabilidades e formas de corrupção; e) não são desproporcionais em termos de custos para a eficiência da Administração em relação aos benefícios em reduzir a corrupção e; f) não há alguma estratégia ou mecanismo menos custoso para atingir o mesmo objetivo.²⁵⁹

É certo que a análise realizada por FRANK ANECHIARICO e JAMES JACOBS se refere à Administração Pública dos EUA, mas mostra-se aplicável ao Brasil, principalmente porque um dos grandes desafios atuais do direito administrativo brasileiro tem sido a conciliação entre o controle da corrupção (tema candente das agendas jurídica, política e social) com a manutenção da eficiência da função administrativa do Estado.

Algumas características brasileiras, no entanto, devem ser destacadas, uma vez que induzem a um cenário ainda mais problemático que o estadunidense na relação entre controle da corrupção e eficiência da Administração Pública, especialmente quando analisamos as tentativas de reformas realizadas no Brasil e as dificuldades em se superar o modelo burocrático de Administração.

4.1.1 As reformas realizadas no âmbito da Administração Pública brasileira, o discurso anticorrupção e a eficiência no exercício da função pública

O termo burocracia, atualmente, remete a uma conotação pejorativa inerente ao senso comum²⁶⁰, o qual pressupõe a ideia de um modelo de Administração marcado pela

²⁵⁹ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996, p. 195.

²⁶⁰ “Burocracia é, no senso comum, o *bode expiatório* de todos os problemas sociais. *Bode expiatório* significa algo que é repudiado, por concentrar, em si, todos os males de uma comunidade. Existem pessoas que se proclamam abertamente *contra* a burocracia. Em suma, insultar a burocracia já virou atitude comum na sociedade contemporânea. É usual as pessoas falarem, ainda, que desejam acabar com a burocracia para que haja maior eficiência do Estado. Menos comum, no entanto, é conhecer, a fundo, o que é burocracia e qual o seu significado e qual a abordagem da burocracia do prisma sociológico.” (NOHARA, Irene. *Solução fácil de culpar a burocracia pela corrupção: não é simples assim*. Disponível em: <<http://esdp.net.br/solucao-facil-de-culpar-a-burocracia-pela-corrupcao-nao-e-simples-assim/>>. Acesso em 19 de dezembro de 2017.)

ineficiência, abalizado em processos e procedimentos complexos e desnecessários aos fins do exercício da função pública. Entretanto, a burocracia cumpriu e cumpre um importante papel no âmbito do desenho institucional da Administração Pública, que é o de garantir a devida impessoalidade no trato dos temas da vida pública (combatendo assim o patrimonialismo), bem como de trazer o mínimo de previsibilidade às decisões administrativas.

O modelo burocrático de gestão, que funcionou bem no passado e fundamentou reformas em diversos países (como EUA e Brasil) com o objetivo de combater o patrimonialismo enraizado no âmbito das administrações, mostra-se ultrapassado nos dias atuais, uma vez que a sua aplicação em uma sociedade complexa alimenta e evidencia uma de suas principais disfuncionalidades, que é tornar o Estado incapaz de atender demandas e executar suas funções em tempo desejável, ou seja, induz à ineficiência do exercício da função administrativa.

Por diversas vezes no Brasil tentou-se implantar modelos de gestão em substituição ao modelo burocrático de modo a superar as suas disfuncionalidades, sendo as principais delas a ineficiência da máquina pública e a sobreposição de mecanismos de controle, uma vez que o princípio básico que norteou a ideia da burocracia é justamente a desconfiança, seja nos agentes públicos bem como nos demais integrantes da sociedade. Cabe aqui um breve histórico sobre as reformas procedidas na Administração Pública brasileira:

A primeira reforma ocorreu em 1938, por meio do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), que teve por função a implantação de um sistema burocrático na Administração de modo a trazer uma maior noção de legalidade, impessoalidade e meritocracia, para assim tentar romper com o patrimonialismo até então vigente. Nesse sentido, BRESSER-PEREIRA expõe os principais objetivos da reforma burocrática iniciada em 1938:

As principais áreas objeto da reforma burocrática foram: a administração de pessoal (com o sistema de mérito fundamentando a reforma); o orçamento e a administração orçamentária (concepção do orçamento como um plano de administração); a administração de material (especialmente sua simplificação e padronização); e a revisão de estruturas e racionalização de métodos. Além disso, o DASP cooperou no estabelecimento de uma série de órgãos reguladores (conselhos, comissões e institutos), nas áreas econômica e social. A partir desses órgãos foi criado um pequeno grupo de empresas de economia mista, dando origem assim

ao núcleo estrutural do desenvolvimento econômico e social, que posteriormente teve grande expansão.²⁶¹

Entretanto, após a queda do Estado Novo e a reconstrução da democracia em 1946, o DASP enfrentou uma grave desorganização com problemas de controle da burocracia e com escândalos de corrupção.²⁶² Esse cenário, combinado com os ideais desenvolvimentistas preponderantes do governo militar, culminaram na edição do Decreto-Lei nº 200 de 1967, o qual representou a primeira tentativa de implantação de uma administração gerencial no Brasil.

Por meio do Decreto-Lei 200, de 1967, o governo militar tentou alterar a forma burocrática da Administração Pública de modo a introduzir conceitos da administração gerencial, o que se coadunava com a ideia de desenvolvimentismo, ainda que em um contexto de um regime autoritário. O resultado foi a descentralização da Administração Pública, com a proliferação de entidades da administração indireta, como empresas estatais, fundações e autarquias. Este modelo se adequava às pretensões dos militares, uma vez que trazia à Administração a flexibilidade inerente aos instrumentos da iniciativa privada, bem como ampliava a atuação discricionária dos agentes públicos em um ambiente de praticamente nenhum sistema de *accountability* perante os cidadãos.²⁶³

²⁶¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 165.

²⁶² MARCELINO, Gileno Fernandes. *Em Busca da Flexibilidade do Estado: O Desafio das Reformas Planejadas no Brasil*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 37, nº 3, pp. 641-659.

²⁶³ “A Reforma Burocrática não se completara no Brasil, mas, desde o início dos anos 60, estava claro que a utilização dos princípios rígidos da administração pública burocrática constituíam-se em um empecilho ao desenvolvimento econômico do país. A reforma de 1967, realizada por meio do Decreto-lei nº 200, reconheceu esse fato e procurou substituir a administração pública burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”: distinguiu com clareza a administração direta da administração indireta, e garantiu às autarquias e fundações desse segundo setor, e também às empresas estatais, uma autonomia de gestão muito maior do que possuíam anteriormente. Entretanto, seja porque essa reforma tenha sido de iniciativa do regime militar que então dirigia o país, seja porque lhe faltavam alguns conceitos essenciais para uma reforma gerencial, como os indicadores de desempenho e os contratos de gestão, seja finalmente porque não deu a devida importância ao fortalecimento do núcleo estratégico do Estado, o fato é que essa reforma foi anulada pelo novo regime democrático instalado no Brasil em 1985. A contrarreforma de 1988, entretanto, não obstante representasse um episódio de centralização ou concentração burocrática fora do tempo, apresentou avanços, como a exigência generalizadora do concurso público, e a descentralização das ações sociais do Estado Federal para os estados e municípios. Essa contrarreforma, depois de ser desafiada de forma desordenada no início dos anos 90, é afinal sistematicamente criticada a partir de 1995, quando tem início a Reforma Gerencial no Brasil.” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 167.)

Com a transição para o regime democrático em 1985, o modelo estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200/1967 ruiu justamente por conta da ausência de meios de *accountability* dos agentes públicos no período autoritário, o que levou à potencialização dos problemas históricos da Administração Pública brasileira, como o descontrole financeiro, a falta de responsabilização dos governantes e burocratas, fragmentação excessiva das empresas públicas e a perda de foco da ação governamental.²⁶⁴ Assim, pode-se explicar o entendimento contido no senso comum de que a corrupção nasceu com a redemocratização, e não como herança do regime autoritário.²⁶⁵

Diante desse cenário, a Constituição Federal de 1988, em seu texto original, ainda que não tenha abandonado totalmente a ideia de modernização da máquina pública, adotou um modelo voltado à burocracia²⁶⁶. Nesse sentido, BRESSER-PEREIRA aduz que o retrocesso burocrático estabelecido pela Constituição de 1988 foi uma reação ao clientelismo dominante no cenário político nacional, bem como uma decorrência de uma ofensiva da alta burocracia para a manutenção dos seus privilégios:

Em síntese, o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 foi uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos, mas também foi uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o *ethos* burocrático. Foi, além disso, uma consequência de uma atitude defensiva da alta burocracia, que, sentindo-se acuada, injustamente acusada, defendeu-se de forma irracional.²⁶⁷

²⁶⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. *Trajatória Recente da Gestão Pública Brasileira: Um Balanço Crítico e a Renovação da Agenda de Reformas*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 41, edição especial comemorativa, 2007, pp. 67-86.

²⁶⁵ FILGUERAS, Fernando.; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, nº. 2, 2011, pp. 349 a 387.

²⁶⁶ “A transição democrática, fruto de uma dura luta de muitos e muitos anos, não proporcionou, porém, o espaço para uma verdadeira reforma da administração pública, uma reforma que consolidasse a Reforma Burocrática e transformasse a Reforma Desenvolvimentista em Reforma Gerencial. Pelo contrário, significará no plano administrativo uma volta aos ideais burocráticos dos anos 30, e no plano político, uma tentativa de volta ao populismo dos anos 50. Os dois partidos que comandaram a transição eram partidos democráticos, mas populistas. Não tinham, como a sociedade brasileira também não tinha, a noção da gravidade da crise que o país estava atravessando. Havia, ainda, uma espécie de euforia democrático-populista. Uma ideia de que seria possível voltar aos anos dourados da democracia e do desenvolvimento brasileiro, que foram os anos 50.” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 174.)

²⁶⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 177.

Apesar de a Constituição de 1988 ter estabelecido os princípios a serem seguidos pela Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), e ter fortalecido o seu controle externo, especialmente por meio do Ministério Público e da sociedade civil, o modelo burocrático por ela estabelecido já não se adequava ao cenário mundial, justamente pela denominada crise do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Também na década de 1980, os países desenvolvidos e em desenvolvimento implantaram uma série de reformas administrativas com o objetivo de aprimorar os seus sistemas de governança e fortalecer a eficiência do Estado em um contexto de sociedades e mercado globais. De forma geral, as mudanças priorizaram o tema da eficiência da máquina administrativa com objetivo de absorver os mecanismos de gestão do setor privado. Este movimento foi impulsionado pelo colapso dos regimes socialistas no início dos anos 1990, o que implicou no aumento do consenso político em torno de um modelo neoliberal de Estado.²⁶⁸

Diante desse contexto, marcado por dificuldades financeiras do setor empresarial público, bem como em razão de críticas por sua ineficiência, ganhou força o movimento de desestatização, liderado pelos governos liberais de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Margareth Thatcher no Reino Unido. No Brasil, o movimento de reforma do Estado iniciou-se, de fato, no governo Collor com a edição da Lei nº 8.031/1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização, tendo continuidade no governo Itamar Franco e intensificando-se nos dois mandatos do governo Fernando Henrique Cardoso.

Cabe, no entanto, destacar que dentre as reformas realizadas, as mais relevantes para o tema do controle da Administração Pública se deram ao tempo do governo Collor e logo após o seu término. Nesse sentido, a política adotada de “caça aos marajás” do setor público com a finalidade de combater a corrupção, bem como o próprio *impeachment* do ex-

²⁶⁸ “O paradigma da nova gestão pública (*new public management*) emergiu contra o modelo burocrático de matriz weberiana. O declínio do modelo burocrático ocorreu, sobretudo, pela crise do *Welfare State*, a qual compreendeu elementos políticos e econômicos associados a mudanças estruturais das sociedades capitalistas (Offe, 1985). No que tange aos elementos econômicos da crise do *Welfare State*, a crise fiscal e as pressões referentes às dívidas públicas colocaram em xeque a capacidade do Estado assegurar o financiamento da estrutura administrativa necessária para a concretização dos direitos, especialmente dos direitos sociais.” (FILGUERAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luíza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, nº. 2, 2011, p. 351)

presidente Collor culminaram em leis mais restritivas ao exercício da função administrativa e um controle focado na legalidade/formalidade, e não em resultados, como exemplo a Lei nº. 8.429/92²⁶⁹ (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações).²⁷⁰

Entretanto, foi no governo Fernando Henrique Cardoso que foram realizadas reformas para se estabelecer um modelo de administração gerencial. Essas reformas iniciaram-se com a criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), sob o comando do ex-ministro Bresser-Pereira. O objetivo das reformas era adequar a Administração Pública brasileira às novas necessidades advindas da globalização dos mercados e do aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão. Essas mudanças foram implementadas de acordo com os preceitos da ideia de administração gerencial, a qual define que as atividades do governo devem se basear em uma gestão pública similar à gestão realizada pela iniciativa privada, sendo assim, o cidadão é um cliente de serviços realizados pelo Estado.²⁷¹

Nesse sentido, as modificações necessárias à reforma foram realizadas por meio de alterações na legislação e na Constituição Federal, destacando-se a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que introduziu o princípio da eficiência no artigo 37, *caput*

²⁶⁹ Como exemplo, no caso da Lei nº 8.429/92, em seu artigo 4º, pode-se observar que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. Nota-se que não há, pela lei que disciplina em sentido amplo o controle da Administração Pública, a obrigação do agente público observar o princípio da eficiência. Dessa forma, pode-se constatar que a reforma promovida pelo MARE, que teve por objetivo transformar o modelo burocrático de Administração para um modelo Gerencial focado em resultados, falhou gravemente ao não prever modificações na legislação destinada ao controle da Administração, uma vez que a legalidade em sentido estrito se manteve como parâmetro para os órgãos de controle aferirem a licitude dos atos da Administração e realizar o controle sobre os agentes públicos, não bastando assim a inclusão da eficiência no *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal como um dos princípios da Administração Pública para alterar este cenário.

²⁷⁰ “A explicação para este fenômeno, a partir da cooperação parcial dos atores estratégicos no governo para com a reforma, permite entender mais de perto como a questão do controle é um importante mecanismo causal. A proposta de reforma administrativa pelo Ministério produziu poderosos incentivos para a reforma, embora estivesse em desacordo com a percepção dos principais atores sobre o impacto que tal reforma poderia ocasionar sobre a administração pública brasileira. As novas instituições e a mudança de orientação da cultura burocrática visando à melhoria da *performance* foram encaradas pelos atores com poder decisório com muita resistência, posto que promoveriam impactos substanciais sobre a “lógica do controle burocrático”, que é o elemento-chave sobre o qual residem os mecanismos de cooperação e não cooperação.” (RESENDE, Flavio da Cunha. *Por que as reformas administrativas falham?* In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 17, nº 50, p. 131)

²⁷¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado* in L.C. Bresser-Pereira e P. Spink (orgs.), Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro, Editora da FGV, 2001, pp. 21-38.

da Constituição Federal, bem como trouxe a previsão do denominado “contrato de gestão”, o qual praticamente nunca foi utilizado pela Administração Pública Federal em razão da necessidade de lei para regulamentar os seus termos.²⁷²

Assim, temos evidentemente um paradoxo, uma vez que o Estado realizou reformas estruturais e de cunho administrativo com o objetivo de seguir os parâmetros de eficiência semelhantes à iniciativa privada, mas manteve as normas de controle sobre a Administração focadas em aspectos procedimentais e formais, criadas em um cenário de combate a atos de corrupção e restrição da discricionariedade no exercício da função administrativa. Tal fato explica-se, de acordo com a hipótese levantada para a realização do presente estudo, que a manutenção do controle da Administração Pública sob o enfoque legalista e não de resultados²⁷³ decorre da ausência de confiança nos agentes públicos (o que é necessário para a implantação de um conceito de administração gerencial), o que tem origem do contexto histórico de criação das normas de controle vigentes, no caso brasileiro, em um ambiente de combate a graves atos de corrupção praticados por agentes públicos, bem como em razão da transição do regime autoritário para o democrático, o que culminou na imposição de regras mais restritivas ao exercício da função pública de modo a evitar a arbitrariedade e o abuso de poder, comuns no regime anterior, cenário este que definitivamente impede a real implantação de uma administração gerencial.

A questão ainda agrega mais um elemento complicador que é a Constituição Federal de 1988, de caráter progressista e generoso, concedente de diversos direitos e

²⁷² “Tentativa (em grande parte frustrada) de instauração da chamada Administração Pública Gerencial, que envolve: maior discricionariedade para as autoridades administrativas, substituição do controle formal pelo controle de resultados, autonomia administrativa, financeira e orçamentária; o principal instrumento seria o contrato de gestão, que não tem tido o alcance pretendido pelos idealizadores da reforma administrativa, pela falta de promulgação da lei prevista no artigo 37, §8º, da Constituição.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36).

²⁷³ Um dos principais desafios atuais do direito administrativo para garantir um controle da Administração focado em resultados, e não em formalidades, é o de delinear os mecanismos jurídicos de aferição desses resultados, como a definição de metas e os meios que deverão ser empregados para o atingimento dos fins perquiridos. Nesse sentido, RODRIGO PAGANI DE SOUZA aduz que “(...) cumpre ao Direito estipular não apenas que haverá metas ou resultados a atingir, mas também delinear quais os possíveis conteúdos dessas metas; definir os meios a empregar ou ações a realizar para alcançá-las, exigir estudos ou estimativas de impacto das ações planejadas; desenhar os processos a seguir para a elaboração das metas; definir formas de monitoramento de sua execução e de avaliação dos resultados efetivamente alcançados; estabelecer previamente quais as consequências do seu descumprimento (sancionatórias ou não, a depender do caso), sempre fixando, de resto, as competências para realizar tudo isso. Cumpre, numa palavra, levar a sério a aspiração de uma *administração de resultados*, mediante a precisa estipulação jurídica dos seus aspectos fundamentais.” (SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Em busca de uma administração pública de resultados*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 40.)

garantias fundamentais que antes foram suprimidos no regime autoritário. Além das normas de aplicabilidade imediata, a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras normas ditas programáticas, isto é, que preveem os objetivos a serem alcançados por meio da realização de políticas públicas e comandos que explicitam os valores a serem seguidos pelos legisladores, juízes e administradores públicos. Entretanto, a execução dos objetivos definidos pela Constituição Federal induz à Administração Pública a buscar os meios necessários para os fins definidos constitucionalmente. Ocorre que nem sempre os meios estão claramente definidos, o que torna imprescindível um arcabouço jurídico que garanta certa flexibilidade ao agente público de modo este que possa realizar experimentações, uma vez que a execução das políticas públicas necessita de um constante desenvolvimento, avaliação e adaptação, de modo que seja possível alcançar os fins pretendidos pela Constituição.²⁷⁴

Há, assim, um evidente conflito entre as necessidades da Administração Pública, destinadas ao exercício das suas funções de modo eficiente a atender às demandas sociais, e o desenho das normas destinadas ao seu controle, as quais têm como pressuposto a desconfiança nos agentes públicos, o que ocasiona a restrição do campo de atuação discricionária e, conseqüentemente, retira o espaço para uma ação administrativa flexível, criativa e voltada para o cumprimento de metas e resultados.

Como consequência desse cenário, DIOGO ROSENTHAL COUTINHO aduz que a doutrina administrativista preocupa-se muito mais em definir o que são atos vinculados e atos discricionários, o que leva à conclusão de que a Administração deve atuar somente no binômio pode/não pode (seguindo a lógica da burocracia), quando na verdade a reflexão deveria se dar sobre “como se pode”. Esse raciocínio restrito da doutrina impacta na formação jurídica que, por sua vez, tende a adotar meios de controle formais e legalistas, o que ocasiona o denominado “medo da discricionariade” por parte dos agentes públicos, o que interfere seriamente no desenvolvimento do direito especialmente no campo das políticas públicas, uma vez que dificulta a realização da experimentação, criatividade e inovação.²⁷⁵

²⁷⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *O direito nas políticas públicas*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2823006/mod_resource/content/1/1.2.%20O%20direito%20nas%20políticas%20públicas%20-%20Diogo%20Coutinho.pdf>. Acesso em: 22 de dezembro de 2017.

²⁷⁵ “Embora seja importante reconhecer que políticas públicas requerem um certo grau de liberdade ou de margem de manobra e adaptação por parte dos agentes públicos (por exemplo, na escolha de meios alternativos e concorrentes para a realização de objetivos ou na opção por esta ou aquela solução para dado problema identificado ao longo da implementação da política), a doutrina jurídica brasileira, ao tratar da

Esse cenário ocorre especialmente em relação à atuação administrativa em licitações e contratos públicos, os quais são os instrumentos de execução de políticas públicas e, em última análise, os meios pelos os quais o Estado exerce as suas funções. Conforme será exposto a seguir, o sistema brasileiro de licitações e contratos públicos foi desenhado tendo como pano de fundo o conflito existente entre aqueles que defendem uma maior discricionariedade aos agentes públicos, de modo a garantir uma maior flexibilidade à Administração, com aqueles mais conservadores, os quais defendem maiores limites à discricionariedade com o objetivo de evitar a ocorrência de abuso de poder, desvio de finalidade e corrupção.

4.2 O EMBATE ENTRE O MAXIMALISMO E O MINIMALISMO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Conforme exposto na subseção anterior, as reformas administrativas realizadas no âmbito da Administração Pública brasileira pautaram-se ora pela introdução de processos e procedimentos detalhistas destinados a um maior controle dos agentes públicos e restrição da discricionariedade, de modo a afastar o patrimonialismo existente no exercício da função pública, ora pela busca de uma maior flexibilidade na atuação administrativa e concessão de maior discricionariedade, com objetivo de viabilizar a instituição de uma administração gerencial baseada em metas e resultados.

Esse cenário não foi diferente em relação à evolução da estruturação do sistema de licitações e contratos administrativos, o qual desenvolveu-se, segundo ANDRÉ ROSILHO, sob o embate entre minimalistas e maximalistas que pregavam o seguinte:

Um diploma normativo do tipo minimalista estabeleceria, por exemplo, metas voltadas à concretização dos objetivos acima elencados, eximindo-se de elaborar regras detalhistas e minuciosas para regular o

discricionariedade, parece estar mais preocupada com a busca do que são, intrinsecamente, atos vinculados ou discricionários, ou com o delineamento de critérios para disciplinar a liberdade de escolha do agente público e, por isso, menos engajada em ajudá-lo a tomar a melhor decisão dados os constrangimentos reais que a realidade impõe. Como resultado, o binômio ou “pode/não pode” prevalece, em suma, sobre a discussão sobre “como se pode” alcançar objetivos na administração pública. E em grande medida isso tem relação com o fato de que gestores públicos, juristas ou não, temem que as razões práticas e funcionais que dão para justificar esta ou aquela medida sejam questionadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas” (COUTINHO, Diogo Rosenthal. *O direito nas políticas públicas*, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2823006/mod_resource/content/1/1.2.%20O%20direito%20nas%20políticas%20públicas%20-%20Diogo%20Coutinho.pdf>. Acesso em: 22 de dezembro de 2017.

comportamento dos Legislativos e dos agentes públicos. Procurar-se-ia apenas guiá-los para que eles implementassem as diretrizes previstas no plano normativo.

O minimalismo parte da premissa de que a discricionariedade não é uma imperfeição do sistema – algo que precisa, a qualquer custo, ser eliminado –, mas, sim, importante ingrediente a ser trabalhado pela legislação para que se atinja fins específicos.

O maximalismo, por outro lado, teme a discricionariedade e é, em boa medida, movido por este sentimento. Sua premissa, portanto, é outra: os agentes públicos – ou os Legislativos Estaduais e Municipais – não são confiáveis, sendo necessário olhá-los de perto; é preciso cerca-los e limitar sua mobilidade.

Para tanto, o maximalismo aposta que as normas devem ser detalhistas, minuciosas e abrangentes, restringindo ao máximo a margem de liberdade daqueles que a elas se submetem. É interessante notar que a supervalorização das regras em detrimento do juízo humano reflete, ao mesmo tempo, a valorização do tratamento justo e imparcial e o receio – ou crença – de que não se possa atingi-lo por meio do julgamento dos indivíduos.²⁷⁶

Partindo da premissa desse conflito²⁷⁷ existente entre ideais minimalistas e maximalistas em relação à estruturação do sistema de licitações e contratos administrativos, ROSILHO realizou uma análise sobre a evolução do tema no Brasil, dividindo-o em três grandes partes: a) a primeira relativa ao início das licitações no Brasil, calcada em modelos minimalistas previstos pelo Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento Geral de Contabilidade da União) e, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 200/1967; b) a segunda referente à construção de um modelo maximalista, fundado inicialmente no Decreto-lei nº 2.300/1986 e consolidado pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 8.666/1993 e, por fim; c) a terceira referente às reações ao modelo maximalista diante da necessidade de maior flexibilidade e eficiência no exercício da função administrativa, reações estas que se configuraram em novas

²⁷⁶ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 30-31.

²⁷⁷ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aduz que essa dualidade de visões é um dos paradoxos do direito administrativo: “a) de um lado, os neoliberais, sob inspiração do direito estrangeiro, propugnam pela ampliação da discricionariedade: a ideia de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes; por isso se diz que o direito administrativo atrapalha as reformas, porque ele se apoia no princípio da legalidade, que exige lei para dar fundamento a decisões administrativas; o princípio da legalidade também ‘atrapalha’ a função normativa das agências reguladoras; b) de outro lado, há a tendência também bastante forte dos chamados ‘conservadores’, calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31)

formas de licitações (pregão, regime diferenciado de contratações (RDC)), de modelos contratuais (parceria público-privada) e em fenômenos relacionados à fuga da Administração para o direito privado como forma de desatar-se das amarras da burocracia inerente à Administração direta, havendo assim uma desestatização do exercício das funções públicas, as quais passaram a ser delegadas a fundações de apoio, organizações sociais (OSs) e organizações sociais de interesse público (OSCIPs).

Diante da conexão da análise realizada por ROSILHO com o presente trabalho, serão expostos a seguir os principais pontos em seu estudo que demonstram o conflito existente entre os maximalistas e os minimalistas na estruturação do sistema de licitações e contratos administrativos no Brasil, e, principalmente, a influência do discurso anticorrupção como fator de desequilíbrio desse embate em favor de um modelo maximalista de licitações e contratações públicas.

4.2.1 O início das licitações no Brasil sob modelos legais minimalistas

Uma retrospectiva histórica sobre licitações e contratos administrativos no Brasil terá como resultado os seguintes marcos legislativos sobre a matéria: a) a Lei de 29 de agosto de 1828 e o Decreto nº 2.926 de 1862; b) o Código de Contabilidade da União de 1922 e seu respectivo regulamento; c) o Decreto-lei nº 200 de 1967; d) o Decreto-lei nº 2.300 de 1986 e, por fim; e) a Lei nº 8.666 de 1993.

O primeiro marco legislativo (Lei de 29 de agosto de 1828) estabelecia regras gerais para a construção das obras públicas que tivessem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos. Eram regras gerais que definiam que o orçamento da obra deveria ser realizado pela Administração e afixado em edital público, e o objetivo da concorrência era o de obter as maiores vantagens ao Poder Público.²⁷⁸

No plano federal, o primeiro detalhamento sobre as condições aplicáveis às concorrências e contratos para a execução de obras públicas ocorreu por meio do Decreto nº

²⁷⁸ BRASIL. Lei de 29 de agosto de 1828.

“Art. 4º A planta, e orçamento da despesa da obra, se affixarão nos logares publicos mais vizinhos della, por um a seis mezes; convidando-se os cidadãos a fazerem as observações, e reclamações, que convierem.”

2.926, de 1862, o qual tinha por objetivo estabelecer as “regras e cláusulas gerais para as arrematações e execução dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas”. Referido Decreto estabelecia a descrição do procedimento, dos prazos para o recebimento e análise de propostas, além de dispor sobre os atestados de capacidade técnica e das garantias a serem apresentados e prestadas pelos concorrentes. Entretanto, em razão da generalidade com que tratava o assunto, a matéria não despertava críticas, tampouco teve o condão de provocar a doutrina a realizar uma formulação teórica sobre contratos públicos.²⁷⁹

A doutrina comumente elenca como início das licitações públicas no Brasil a instituição do Código de Contabilidade da União, em 1922, o qual representou uma consolidação de diversas normas orçamentárias que impunham ao Presidente da República a obrigação de promover concorrência pública para os serviços, contratos e obras da União. O referido Código, de caráter principiológico, foi regulamentado pelo Decreto nº 15.783 de 8 de novembro de 1922, o qual estipulou: a) a submissão dos contratos administrativos aos princípios que regem os de direito privado, ressalvadas as regras sobre a estipulação, aprovação e execução previstas no próprio Regulamento; b) as regras para a modificação dos contratos, admitida apenas em caso de necessidade a bem do serviço público, dependente de comprovação, motivação e aprovação de autoridade superior e; c) a necessidade de prévia aprovação do Congresso Nacional para a rescisão do contrato mediante indenização ao contratado. O fato do Código de Contabilidade ter relativa simplicidade na definição de normas procedimentais estimulou a produção jurisprudencial sobre o tema, de forma a suprir as suas lacunas.²⁸⁰

É importante destacar o contexto histórico do Brasil ao tempo da promulgação do Código de Contabilidade da União. Conforme dispõe ANDRÉ ROSILHO, o Brasil passava por grandes transformações políticas, econômicas e sociais, sendo que o Código de Contabilidade da União ainda representava uma terra essencialmente agrícola, fundada na monocultura do café e cujo núcleo político de poder era dominado por uma oligarquia

²⁷⁹ RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 9.

²⁸⁰ RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 11.

ruralista, que utilizava a máquina pública para o atendimento de interesses particulares.²⁸¹ Com a criação do DASP, em 1938, e a implantação de modelos e conceitos da burocracia, a Administração Pública brasileira passou a ser gerida com uma maior noção de legalidade e impessoalidade em suas relações, o que visou justamente atacar o patrimonialismo reinante no âmbito público.

Ocorre que o conceito de uma Administração burocrática não se coadunava com os ideais desenvolvimentistas vigentes no Brasil desde a era Vargas (1930-1945) até, principalmente, o período do governo militar (1964-1985). Isso porque a industrialização do Brasil, promovida a cabo por pesados investimentos do Estado, demandava uma Administração mais eficiente e flexível, embora tal necessidade tenha desembocado a um autoritarismo por parte dos agentes públicos no exercício das suas funções.

Esse processo de reforma do Estado está diretamente ligado ao tema das licitações e contratos administrativos, uma vez que culminou na edição do Decreto-lei nº 200/1967, que tinha, como traço característico a simplicidade normativa. De forma geral, o Decreto-lei nº 200/1967 sistematizou a temática dos contratos administrativos, a qual era ordenada unicamente pela atividade jurisprudencial à época de vigência do Código de Contabilidade da União, bem como, ao instituir a reforma da Administração Federal, estimulou a celebração de contratos para delegação de tarefas não relacionadas às funções de governo.

282

No que tange às licitações, o Decreto-lei nº 200/1967 previu, dentre outras coisas, as modalidades do procedimento (concorrência, tomada de preços e convite), aplicáveis conforme o valor da obra (art. 127, §6º); estabeleceu a “definição suficiente do objeto” ou, no caso de obras, do “anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar” (art. 139) como condição à licitação; permitiu a exigência de documentos para a habilitação de pessoa jurídica em licitações, seja em razão de sua capacidade técnica

²⁸¹ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 36-37.

²⁸² BRASIL. Decreto-lei nº 200/1967.

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

quanto sua idoneidade financeira (art. 131); disciplinou as condições que deveriam ser levadas em consideração na fixação de critérios para julgamento de propostas, relativas à qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e “outras pertinentes estabelecidas no edital” (art. 133), impondo ao administrador o dever de fundamentar quando a sua escolha não fosse pelo critério de menor preço.²⁸³

Em relação ao tema do controle da Administração Pública, embora o Decreto-Lei nº 200/1967 não tenha previsto a instituição do controle *a posteriori*, o que ocorreu apenas com a promulgação da Constituição de 1967 como decorrência da expansão das funções e dos organismos estatais²⁸⁴, ele estabeleceu, em seu artigo 14, a determinação da “simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

No que se refere à possibilidade de alteração contratual, o Decreto-lei nº 200/1967 trouxe disposições mais específicas do que as do Código de Contabilidade da União, uma vez que passou a exigir, por meio de normas, que a Administração preparasse anteprojetos e especificações prévias às licitações de obras, possivelmente com intuito de impedir que a falta de planejamento do Poder Público levasse à realização de diversos aditamentos contratuais ao longo da execução.

Apesar de o Decreto-lei nº 200/1967 trazer disposições mais específicas sobre licitações do que o Código de Contabilidade da União, manteve a mesma lógica do que se pode chamar de primeira fase das licitações públicas no Brasil, marcada por legislações simples e que estabeleceram apenas diretrizes aos administradores, conforme expõe ANDRÉ ROSILHO:

Este ambiente de reforma determinou significativamente o conteúdo e as características do Decreto-lei 200/1967. Isso fica evidente na tentativa de simplificar e sistematizar as categorias e institutos jurídicos relacionados às contratações públicas.

²⁸³ RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 14.

²⁸⁴ Essa mudança de foco do controle, antes prévio e, após a Constituição de 1967, posterior ao ato realizado pela Administração, demandou a readequação das competências do Tribunal de Contas da União, o qual passou a contar com outros instrumentos de fiscalização adequados à ideia do controle *a posteriori*, como as inspeções e auditorias.

Também foi possível notar que se manteve ampla margem de liberdade para que a Administração Pública pudesse, principalmente por meio dos editais de licitação, regular as contratações públicas – apesar da tentativa, ainda que muito sutil, de restringir a discricionariedade do administrador público em casos específicos, tais como o da dispensa de licitação por emergência. Em outras palavras: limitou-se a prever categorias e diretrizes para a aplicação minimamente organizada e uniforme dos procedimentos licitatórios, em escala nacional.²⁸⁵

Entretanto, após a retomada do regime democrático, esse cenário de liberdade ao administrador público começou a ser esvaziado por meio da construção de um sistema detalhista de normas destinadas às licitações e contratos administrativos, o que será demonstrado da subseção a seguir.

4.2.2 A construção do modelo maximalista de licitações e contratos administrativos no Brasil

O retorno ao regime democrático no ano de 1986 impulsionou a realização de diversas reformas no âmbito do Estado brasileiro, sendo que assim não foi diferente em relação ao tema de licitações e contratos administrativos. Ocorre que, dessa vez, ao contrário do ocorrido nas reformas realizadas em 1967, o Direito tornou-se protagonista, o que não é de se estranhar em razão dos diversos abusos cometidos pelas autoridades contra os direitos e liberdades individuais e coletivos. Havia um consenso entre os reformistas de que era melhor o estabelecimento de regras claras e detalhistas para a atuação dos agentes públicos do que conceder-lhes liberdade para agir de modo discricionário.²⁸⁶

²⁸⁵ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 59-60.

²⁸⁶ “A terceira fase das licitações, no plano político, foi permeada por um evento de notável importância: o restabelecimento – ou estabelecimento – da democracia. Como é sabido, de 1964 a 1985 o Brasil foi governado por militares através de um regime ditatorial, interrompendo o percurso democrático que havia se estabelecido desde 1946. O advento da democracia, para além de ter sido fator histórico, político e social de destaque, também foi no campo do Direito, trazendo consequências determinantes para o processo legislativo como um todo.

No plano jurídico este momento das licitações públicas esteve impregnado pela crença no papel transformador do Direito, na sua capacidade de conformar e de modificar a realidade que o cerca – caracterizando o que convencionei chamar de ‘fetichismo legal’. O Direito, portanto, de coadjuvante passou a protagonista, ocupando lugar de destaque quase absoluto nas reformas nesse período.

Esse ‘sentimento’ de que o Direito tudo pode impactou profundamente o modelo jurídico de regulação das licitações, levando ao surgimento de uma nova era das contratações públicas. As regras jurídicas, que antes se

Do mesmo modo, conforme expõe ANDRÉ ROSILHO, houve uma mudança de eixo da disciplina jurídica das licitações, as quais passaram não apenas a justificar sua existência de modo a viabilizar a contratação da proposta mais vantajosa à Administração Pública, mas sim como um mecanismo de prevenção e combate à corrupção:

Outra relevante consequência dessa transformação – conectada à anteriormente mencionada – foi a redefinição do eixo da disciplina jurídica das licitações, que passou a se centrar no combate à corrupção. Dessa forma, ganhou força a ideia de que seria possível, através de regras jurídicas precisas e bem-dirigidas, conformar a ação dos agentes públicos e privados, evitando-se, com isso, práticas ilícitas e imorais nas contratações estatais. Tem início a cultura administrativa dos procedimentos, em oposição à de resultados.²⁸⁷

A construção de um modelo maximalista de licitações e contratos administrativos no Brasil inicia-se com a edição do Decreto-lei nº 2.300/1986, e consolida-se com a promulgação da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.666/1993.

O Decreto-lei nº 2.300/1986 foi o primeiro diploma com força de lei a dispor exclusivamente sobre licitações e contratos administrativos no Brasil. Conforme consta em sua exposição de motivos, os seguintes vetores orientaram a elaboração da norma: a) a isonomia, como um valor em si; b) a probidade, em razão da qual buscou-se reduzir a discricionariedade do administrador; c) a publicidade, como forma de garantir transparência e eficácia à licitação e; d) o destaque às funções do Tribunal de Contas no controle da legalidade das despesas públicas. Nesse sentido, é possível asseverar que o Decreto-lei nº 2.300/1986 fundou as bases estruturantes do sistema de licitações e contratos administrativos que perdura até os dias de hoje.²⁸⁸

limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, agora tornaram-se casuísticas, retirando da Administração Pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar. Prevaleceu, assim, um modelo legal que denominei de *maximalista* – em oposição ao *minimalista*, verificado no Decreto-lei nº 200/1967 -, marcado por regulação abrangente e minuciosa. O debate ocupado pelo Direito incentivou a valorização dos princípios jurídicos – a legalidade, a igualdade, a moralidade etc. -, que passaram a monopolizar o debate sobre contratações públicas, ofuscando a preocupação com a qualidade e a eficiência da gestão pública.” (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64.)

²⁸⁷ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65.

²⁸⁸ RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 17.

Conforme expõe ROSILHO, ao analisar entrevistas de um dos responsáveis pela reforma, o jurista Saulo Ramos, a ideia de implantação de um modelo maximalista de licitações e contratos administrativos teve como um dos escopos principais a uniformização de práticas adotadas pela Administração em relação ao tema, uma vez que os diplomas anteriores, de baixa densidade normativa, possibilitavam uma atuação discricionária por parte dos agentes públicos, os quais criavam seus próprios procedimentos, o que, por decorrência, aumentava o grau de litigiosidade relativa aos certames públicos e dificultava o exercício da defesa da União no Judiciário, sendo este um assunto sensível à época, uma vez que ainda não existiam a Consultoria-Geral da República ou a Advocacia-Geral da União.²⁸⁹

Com fundamento nesses ideais, o Decreto-lei nº 2.300/1986 inovou na ordem jurídica ao estabelecer, além dos princípios e definições gerais, a ordem dos procedimentos de licitação e alguns atos específicos, como: a) as hipóteses de desclassificação de propostas; b) as cláusulas exorbitantes em favor da Administração Pública; c) as cláusulas obrigatórias ao contrato; d) as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e; e) os recursos cabíveis contra as decisões proferidas no processo licitatório.

No que se refere ao tema do controle da Administração, o Decreto-lei nº 2.300/1986 ampliou os poderes de fiscalização dos Tribunais de Contas, uma vez que trouxe a previsão do direito à impugnação ao edital; os prazos e as hipóteses para recursos, bem como as regras de controle das despesas.

Em linhas gerais, o Decreto-lei nº 2.300/1986 focou intensamente como diretriz no princípio da igualdade, expressando-o em exigências formais que deveriam ser cumpridas por todos os licitantes para serem habilitados no certame. Entretanto, deixou para segundo plano o princípio mais importante para as licitações, seja sob o enfoque da garantia de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, seja sob o prisma de prevenção da corrupção, que é o princípio da concorrência. A consequência disso é que o formalismo passou a dominar as licitações, criando um novo espaço para a ocorrência da corrupção, que é o direcionamento de certames por meio da criação de regras de habilitação completamente desnecessárias à execução do objeto.

A Constituição de 1988, por sua vez, avalizou o modelo maximalista inaugurado pelo Decreto-lei nº 2.300/1986, bem como fundamentou a sua continuidade e ampliação,

²⁸⁹ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 68-69.

principalmente em razão do momento histórico no qual se inseriu, imbuída por uma motivação de limitar o poder dos agentes do Estado, como uma resposta aos abusos cometidos no regime militar. Para tanto, elencou uma série de princípios²⁹⁰ a serem seguidos pela Administração Pública, e uma grande quantidade de regras impondo vedações²⁹¹ aos agentes públicos.

Deve-se destacar ainda que, na linha das reformas ocorridas após a Constituição de 1967, a qual reduziu sensivelmente as competências dos Tribunais de Contas por meio da implementação do controle *a posteriori*, a Constituição de 1988 ampliou consideravelmente as competências fiscalizatórias das Cortes de Contas, não as limitando ao aspecto financeiro e contábil, mas sim ampliando-as de modo a abranger aspectos atinentes à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos da Administração. Tal ampliação de competências dos órgãos de controle coaduna-se com o modelo burocrático implementado pela Constituição de 1988, o qual parte do pressuposto da desconfiança nos agentes públicos.

O ideal reinante à época em restringir a discricionariedade dos agentes públicos em relação ao tema de licitações e contratos administrativos pode ser observada em passagem de artigo de ALICE GONZÁLES BORGES, de 1993, que menciona existir:

[...] verdadeira aspiração nacional, em torno da estruturação de uma verdadeira Lei nacional de licitações e contratos administrativos: uma lei que incorporasse e desenvolvesse os novos princípios da Constituição de 1988; que assegurasse sua real aplicabilidade em âmbito nacional; que fosse expurgada dos detalhes e minúcias somente direcionados para a Administração Federal; que, por fim, fosse despojada uma série de casuísmos e permissibilidades que escancaravam as portas para abusos de toda sorte, e que facilitavam a proliferação da corrupção administrativa, sem que se aparelhasse a Administração Pública para efetivamente coibi-los.²⁹²

²⁹⁰ Nesse sentido, foram dispostos expressamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade à Administração Pública, sendo que, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, também foi inserido o princípio da eficiência no rol do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

²⁹¹ Como exemplo, a exigência de concurso para o acesso a cargos e funções pública (art. 37, inciso I) e a vedação à acumulação de cargos públicos (art. 37, inciso XVI).

²⁹² BORGES, Alice Gonzáles. *Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados*. In Revista de Direito Administrativo, nº 194, out/dez 1993, p. 97. Apud RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 23-24.

Com base nessas premissas foi editada a Lei nº 8.666/1993, a qual teve por escopo principal a moralização da gestão pública, de forma a combater desvios no âmbito das licitações e contratos administrativos. Esse objetivo central da Lei nº 8.666/1993 pode ser constatado por meio de trecho do Parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público da Câmara, de Relatoria do Deputado Tidei de Lima, proferido em Plenário em 20 de maio de 1992:

O que se buscou, Sr. Presidente, é evitar casos como os ocorridos neste País – de editais dirigidos, de concorrências fraudadas, de concorrências fraudulentas, de participações que não orgulham a história da Administração Pública brasileira. Procuramos cercear, de uma forma ou de outra, a ocorrência de corrupção. Estamos conscientes de que é impossível, por decreto, acabar com a corrupção, mas temos a obrigação de evitá-la, de cerceá-la, de fazer com que se criem dificuldades para que ela aconteça. Propõe-se, através de um projeto de lei dessa magnitude – e ele precisou ser detalhado a ponto de se evitar casos de corrupção – a seguinte estratégia: garantir uma participação ampla das várias empresas, das várias entidades, das várias firmas que queiram participar das licitações, das concorrências públicas, das compras e dos convites. Essa participação em número elevado, pressupomos, evitará que, com facilidade, se burle o processo licitatório.²⁹³

Em posição diametralmente oposta ao discurso do Deputado Tidei de Lima, congressistas que se filiavam à corrente minimalista defenderam que o Projeto de Lei nº 1.491/1991, que culminaria na Lei nº 8.666/1993, retiraria a flexibilidade necessária ao desenvolvimento do país, especialmente porque disciplinaria de forma idêntica toda a Administração Pública com um nível de detalhamento que tolheria as competências das comissões de licitações, conforme se observa nos seguintes discursos levantados em pesquisa de ANDRÉ ROSILHO:

O próprio Projeto n. 2.300, [Decreto-lei 2.3000/1986] de que tanto se fala, não tem essa ambição, inclusive porque uma companhia de Metrô é diferente de uma companhia de estradas de rodagem, de uma hidrelétrica, da pavimentação de uma rua e da construção de uma escola. O caso das sociedades anônimas tem que ser melhor examinado, uma vez que vamos

²⁹³ Processo do Projeto de Lei nº 1.491-B, encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, pp. 20-21. Apud RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 24.

estar, por um detalhe de lei, regulamentando o processo de concorrência até das megaempresas públicas, com peculiaridades nas suas áreas respectivas.²⁹⁴

[...] em princípio, esse projeto não melhorou nada. Para mim, ele tinha que ter seis ou sete artigos. Cem artigos é maneira de fraudar este país, permitir diversas interpretações. A coisa tem que ser sucinta. Isso aqui está parecendo uma lei orgânica, com definições que não interessam a ninguém.²⁹⁵

[...] consideramos, no entanto, que o ideal sobre o assunto, que já está bastante codificado no Decreto-lei 2.300/1986, seria um projeto menos detalhado, para evitar “furos”. Em geral é sobre o excesso de detalhes que o fraudador e corrupto se debruça para encontrar caminhos esquecidos. Os detalhes em qualquer concorrência devem ser escritos no edital por uma Comissão de Licitação que se reclinará nas indicações de um órgão técnico.²⁹⁶

Em que pese os debates no legislativo tenham evidenciado um embate entre os minimalistas e os maximalistas, não houve dificuldade para a aprovação do texto do Projeto de Lei nº 1.491/1991. Essa facilidade para a aprovação de uma nova lei geral de licitações pode ser explicada pelas seguintes hipóteses levantadas por ROSILHO: a) haveria um custo político – e de tempo – em alterar drasticamente o rumo do processo legislativo; b) a tramitação do Projeto de Lei nº 1.491/1991 foi aprovada em regime de urgência, o que fez encurtar os debates e as discussões mais amplas sobre o modelo a ser implantado; c) o discurso maximalista pautou-se na manutenção das bases do Decreto-lei nº 2.300/1986, pleiteando apenas uma reforma legislativa incremental de modo a corrigir as falhas da legislação anterior; d) o impulso maximalista era o que melhor atendia os interesses²⁹⁷ que

²⁹⁴ Discurso do deputado José Serra. DCN-Seção I 21.5.1992, p. 9.974. Apud ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 107.

²⁹⁵ Discurso do deputado Israel Pinheiro. DCN-Seção I 21.5.1992, p. 9.975. Apud ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 108.

²⁹⁶ Discurso do deputado José Luiz Maia. DCN-Seção I 21.5.1992, p. 10.945. Apud ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 109.

²⁹⁷ Em relação a este ponto, ROSILHO argumenta que a real preocupação da Lei nº 8.666/1993 não era garantir uma boa contratação, mas sim o acesso facilitado ao mercado público às empreiteiras emergentes. Essa conclusão é adotada após a análise do processo legislativo e dos grupos de interesses que nele influíram. O êxito dessa influência de interesses privados poderia ser observada a partir das normas contidas na redação original da Lei nº 8.666/1993, as quais, segundo ROSILHO, permitiriam o acesso privilegiado ao mercado público pelas médias empreiteiras devido a: a) determinação do parcelamento das obras, serviços e compras, o que favorece a participação de médias e pequenas empresas; b) restrição das exigências de qualificação econômico-financeira à capacidade financeira da licitante em face do compromisso assumido no contrato (segundo a redação original da Lei nº 8.666/1993); c) restrição à exigência de seguro-garantia; d) exigência de

conseguiram influir no processo legislativo, especialmente os das médias empreiteiras com experiência prévia no mercado público e, por fim; e) a influência do discurso anticorrupção em favor da posição maximalista.²⁹⁸

Em relação a esta última hipótese, cabe a citação das próprias palavras de ROSILHO:

Por fim, penso que o discurso da época, de combate à corrupção, ligava-se de forma mais óbvia a um projeto de lei do tipo maximalista. A mim parece ser mais simples convencer os interlocutores – sejam eles eleitores ou parlamentares – de que a corrupção será mais bem combatida com um projeto de lei detalhista, minucioso e rigoroso que com uma proposta legislativa que seja menos densa – até mesmo do que o Decreto-lei 2.300/1986 – e que se limite a estabelecer normas gerais. Não imagino como um parlamentar defensor do minimalismo nas licitações públicas refutaria, com facilidade, o seguinte argumento: “Se com a existência do Decreto-lei 2.300/1986 já ocorreram tantos e tão graves casos de corrupção nas licitações públicas, imagine se ele for substituído por uma lei mais simples? Os corruptos farão a festa!” Trata-se de outra versão do sedutor discurso de que, quanto mais controle, melhor.²⁹⁹

Dessa forma, sustentado por um discurso populista de combate à corrupção e influenciado por interesses de médias empreiteiras para acesso privilegiado ao mercado público (o que de fato deslegitima o discurso anticorrupção neste caso), o Projeto de Lei nº 1.491/1991 foi aprovado, convertendo-se na Lei nº 8.666/1993, a qual manteve a estrutura do Decreto-lei nº 2.300/1986 e promoveu alterações de modo a: a) garantir maior previsibilidade e responsabilidade em relação ao planejamento e execução financeiros da licitação e do contrato; b) tornar mais detalhado o procedimento licitatório e as condições aplicáveis aos contratos, criando novas referências à atuação procedimental da Administração e antecipando o conhecimento, pelo contratado, das regras incidentes sobre todos os atos do processo e da execução dos contratos; c) ampliar a participação da sociedade nos processos licitatórios, bem como o direito ao contraditório e ampla defesa dos

qualificação técnico-operacional; e) ordem das fases na licitação, com habilitação precedendo a abertura das propostas de preços; f) impossibilidade de fase competitiva de lances; g) vedação à proposta inexequível. (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 130 e ss.).

²⁹⁸ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 110-111.

²⁹⁹ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111.

contratados, e; d) endurecer as consequências às violações a princípios da Lei, notadamente por meio da criminalização de condutas dos agentes públicos e privados.³⁰⁰

Embora não seja possível mensurar o êxito da Lei nº 8.666/1993 no controle da corrupção, uma vez que, conforme extensamente aduzido na subseção 2.4, não existem parâmetros objetivos para realizar tal tipo de aferição, é certo que ela se mantém até os dias de hoje como um eixo estruturante para todo o sistema de licitações e contratos administrativos, sendo uma referência, um porto seguro aos órgãos de controle no exercício da fiscalização dos atos da Administração Pública.

Entretanto, como já tinha sido previsto nos discursos dos parlamentares defensores de modelos minimalistas, a Lei nº 8.666/1993 representou (e ainda representa) um entrave ao exercício da gestão pública de forma eficiente. Tal fato culminou em reações ao modelo maximalista instituído pela Lei nº 8.666/1993, reações estas que serão melhor exploradas na subseção seguinte.

4.2.3 As reações ao modelo maximalista baseadas na busca por maior eficiência no exercício da função pública

Como se viu na subseção anterior, a Lei nº 8.666/1993 foi moldada por um discurso de combate à corrupção, por meio do qual o legislador “procurou neutralizar o administrador público, declarar a sua morte”. Desse modo, “era preciso fazê-lo desaparecer, para evitar que ele pudesse ser agente de desvios, eliminando, assim, sua discricionariedade”. No mesmo sentido, “também era preciso eliminar a possibilidade de atuação dos legisladores municipal e estadual, razão pela qual a lei nacional procurou estabelecer, ela própria, procedimentos, exigências e restrições bastante detalhadas.”³⁰¹

É certo que, como já se previa desde a edição da Lei nº 8.666/1993, a instituição de procedimentos detalhistas, extensos e sem uma avaliação precedente de custo-benefício, cujo objetivo era o de impor amarras ao administrador de modo a impedir o cometimento

³⁰⁰ RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 26-27.

³⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Como reformar as licitações?* In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 268.

de abusos, cobraria o seu preço em termos de inviabilizar uma atuação eficiente por parte da Administração, tornando-a, assim, incapaz de responder em tempo hábil e de forma satisfatória às crescentes demandas sociais e econômicas oriundas de uma sociedade complexa e em desenvolvimento. Nesse sentido, as primeiras reações ao modelo maximalista da Lei nº 8.666/1993 foram quase que imediatas à sua instituição.

Conforme expõe CARLOS ARI SUNDFELD, em um primeiro momento houve a tendência legislativa de afastar as licitações, uma vez que passaram a representar um grande peso para o desenvolvimento das atividades da Administração. Inicialmente, a própria Lei nº 8.666/1993 começou a ser modificada de modo a estabelecer novas hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, bem como a ampliação dos limites de valor de referência à imposição de procedimentos licitatórios mais complexos.

No entanto, tais alterações legislativas não foram suficientes para que certos órgãos e entidades da Administração fossem capazes de transpor as barreiras impostas pela Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, inicia-se um movimento de fuga da Administração do regime procedimental imposto pela Lei de Licitações. Alguns exemplos desse movimento: a) Lei das Fundações de Apoio, de 1994; b) Lei de Concessões, de 1995; c) Lei Geral de Telecomunicações, de 1997; d) Lei do Petróleo, de 1997; e) Lei das Organizações Sociais/OSs, de 1998 e; f) Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público/OSCIPs. O denominador comum a essas reformas era o de afastar o regime geral imposto pela Lei nº 8.666/1993 por meio da criação de nichos delimitados, os quais estariam submetidos a procedimentos específicos em relação ao tema de licitações e contratos administrativos.

Ocorre que essas inovações legislativas não se mostraram suficientes para superar as barreiras impostas pela Lei nº 8.666/1993, sejam elas oriundas de momentos de crise fiscal do país, nos quais os pesados custos de tempo e orçamento representavam um entrave à retomada do crescimento econômico, sejam elas oriundas de dificuldades em se realizar grandes investimentos na área de infraestrutura por parte do Estado.

Nesse sentido, ANDRÉ ROSILHO aponta que o primeiro movimento a buscar um mecanismo de licitação mais barato e eficiente adveio da crise econômica ocorrida no Brasil nos anos de 1998 e 1999, em razão da qual criou-se o entendimento no governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso da adoção de uma política de gestão apoiada no controle de gastos, sendo que um dos principais focos dessa política foi justamente a área de

compras governamentais.³⁰² Assim, a busca por um modelo de licitações mais simples, barato e eficiente coadunava-se com as necessidades fiscais do país à época, bem como com os pilares da reforma administrativa gerencial que estava em implantação no país.

Tendo em vista que o diagnóstico traçado pelo Poder Executivo era o de que a Lei nº 8.666/1993 constituía um obstáculo no processo de aquisição de bens, obras e serviços, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) foi encarregada de prospectar inovações nessa área, sendo que identificou o pregão como uma alternativa viável para o fim almejado. Nesse sentido, tendo em vista que a modalidade pregão, instituída pela Lei nº 9.472/1997 no âmbito da ANATEL estava sendo utilizada com sucesso, a SLTI teve a ideia de expandir a sua utilização, de um ambiente restrito e controlado para toda a Administração Pública Federal.³⁰³

Por questões estratégicas, o governo decidiu instituir por meio de medida provisória a modalidade pregão para toda a Administração Pública Federal sem realizar qualquer alteração na Lei nº 8.666/1993, uma vez que isso levaria a um embate com setores econômicos interessados na reforma, em especial as empreiteiras, o que poderia inviabilizar os objetivos perseguidos. Pela mesma razão o governo optou por vedar o uso do pregão para obras e serviços de engenharia.³⁰⁴

Mesmo com essas cautelas, conforme expõe SUNDFELD, o fato de o pregão privilegiar o princípio da ampla competitividade e da concorrência fez com que a lei fosse atacada frente aos órgãos de controle, principalmente pelas empresas que se beneficiavam das restrições artificiais ao mercado impostas pela Lei nº 8.666/1993. Além disso, os interessados em restringir a concorrência no âmbito das licitações públicas passaram a buscar reformas legislativas de modo a alcançar novamente os privilégios perdidos, como exemplo, tem-se a Lei Complementar nº 123 de 2006, que criou critérios de preferência em certames públicos para micro e pequenas empresas, bem como a imposição, ocorrida em

³⁰² ROSILHO. André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 147.

³⁰³ ROSILHO. André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 147.

³⁰⁴ ROSILHO. André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 147-148.

2010 pela Lei nº 12.349, de preferência a produtos brasileiros, mesmo quando seus preços são em até 25% superiores aos similares estrangeiros.³⁰⁵

O segundo movimento de reforma legislativa não adveio propriamente de uma crise fiscal, mas sim de um período de bonança econômica e a necessidade de concretização de diversos compromissos assumidos pelo país, os quais demandariam grandes investimentos em obras de infraestrutura, em especial, a realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas.

Nesse sentido, o tema das licitações retornou à pauta no segundo mandato do governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, diante da dificuldade em se realizar investimentos em infraestrutura. “Pouco a pouco ficou nítido que as dificuldades enfrentadas pelo setor público para licitar e administrar obras de expansão de infraestrutura no Brasil estavam fundamentalmente atreladas a óbices jurídicos – e não econômicos, financeiros ou de gestão -, erigidos pela própria Lei de Licitações”³⁰⁶.

Segundo ROSILHO, as críticas em relação à Lei nº 8.666/1993 no que se refere à sua aplicação em investimentos em infraestrutura passaram a se centrar nos seguintes pontos:

[...] *alto grau de burocratização* das licitações (e no conseqüente controle burocrático – em oposição ao de resultados – das contratações pelo Judiciário e por órgãos de controle da Administração Pública; no *alto custo dos procedimentos* licitatórios (de tempo e recursos financeiros); na sua *inaptidão para gerar boas contratações* – pois, dentre outras coisas, radicalizou o critério de julgamento pelo menor preço, reduzindo a importância da qualidade do objeto para a seleção dos licitantes; e na abertura de amplo espaço para a *realização de aditivos contratuais*.³⁰⁷

A resposta às dificuldades impostas pelo regime geral de licitações à realização das obras de infraestrutura necessárias ao desenvolvimento do país veio apenas em 2011, com a instituição do denominado regime diferenciado de contratações (RDC), por meio da Lei nº

³⁰⁵ SUNDFELD. Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 23-24.

³⁰⁶ ROSILHO. André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 149.

³⁰⁷ ROSILHO. André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 150.

12.462/2011, resultado da conversão da medida provisória nº 527/2011 e regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011.

O RDC foi criado inicialmente para disciplinar as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, com o objetivo anunciado de trazer maior celeridade aos procedimentos licitatórios.

Como características principais, o RDC buscou uma maior eficiência e menor onerosidade ao Estado por meio do afastamento de regras formais e burocráticas comuns à Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, o RDC, por exemplo, não previu a obrigatoriedade de divulgação dos resumos dos editais de licitação via jornal de grande circulação e da publicação oficial em licitações de pequeno porte. Ademais, incorporou a lógica do pregão, inclusive para a contratação de obras e serviços de engenharia, estabelecendo, como regra, a seguinte ordem de fases: a) preparatória; b) publicação do instrumento convocatório; c) apresentação de propostas ou lances; d) julgamento; e) habilitação, f) recursal e; g) encerramento.

Seguindo a mesma premissa do pregão, o RDC estabeleceu, ainda, que as licitações deverão ser feitas preferencialmente sob a forma eletrônica, e poderão ser realizadas nos modos de disputa aberto, no qual os licitantes apresentam ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, ou o fechado, no qual as propostas apresentadas são sigilosas até a data da divulgação. Essa lógica do pregão utilizada pelo RDC, segundo ROSILHO, rompe com o modelo de licitações da Lei nº 8.666/1993, e traz grandes avanços, uma vez que: a) viabiliza o aumento da competição; b) dificulta o conluio entre os licitantes, já que a disputa não fica restrita aos habilitados; c) reduz significativamente o litígio judicial decorrente dos processos licitatórios.³⁰⁸

Ainda com o objetivo de dar maior eficiência às contratações públicas, o RDC possibilitou a contratação integrada como mecanismo preferencial a ser adotado pela Administração. Por meio desse novo regime, o contratado passa a ser responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo, bem como por realizar todos os serviços e obras para a entrega final do objeto. A licitação, pela modalidade de contratação integrada, é feita apenas com base em um anteprojeto elaborado pela própria Administração. A eficiência nesse modelo decorre de uma maior sinergia entre as fases de construção e operação, bem

³⁰⁸ ROSILHO, André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 156.

como estabelece, como regra geral, a vedação à realização de termos aditivos, exceto nos casos de: recomposição do equilíbrio econômico financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; a pedido da Administração Pública; por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, desde que não decorrentes de erros ou omissões do contratado.

Dessa forma, ao estabelecer mecanismos de contratação integrada, o RDC, por uma coerência lógica, teve que conceder maior liberdade ao administrador para modelar o edital conforme os objetivos da contratação e, principalmente, romper com o paradigma do julgamento pelo menor preço, estabelecido pela Lei nº 8.666/1993.

Por fim, o RDC evitou criar travas no plano legal a necessárias mudanças de curso, conforme foi estabelecido pela Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, a Lei nº 12.462/2011, para escapar da “armadilha da superlegalização”, permitiu que certos aspectos³⁰⁹ das licitações pudessem ser regulados por meio de decretos editados pelo Presidente da República.³¹⁰ Assim, ao conceder importância efetiva aos regulamentos, a Lei nº 12.462/2011 possibilitou que certos aspectos dos procedimentos licitatórios por ela disciplinados possam ser modificados, ajustados ou atualizados sem que haja necessidade do processo legislativo, o qual, como se viu no processo referente à criação da Lei nº 8.666/1993, poderá estar sujeito a interesses voltados para a imposição de regras rígidas e detalhistas, com a finalidade de restringir a competitividade no âmbito das licitações públicas. Ainda, ao dar relevância decretos regulamentares do Poder Executivo, a Lei nº 12.462/2011, de certa forma, possibilita que a Administração possa inovar e realizar experiências³¹¹ de modo a buscar os melhores caminhos para obter uma boa contratação.

³⁰⁹ Alguns exemplos de matérias sujeitas à regulamentação por decreto: a) modo de disputa (aberto ou fechado); b) combinação de modalidades; c) regras e procedimentos para a apresentação de propostas ou lances; d) dispensa de requisitos de qualificação econômico-financeira, na hipótese de critério de julgamento pela maior oferta de preço, dentre outros.

³¹⁰ ROSILHO, André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 161.

³¹¹ “É possível que esteja em curso outra reforma no âmbito das contratações públicas, também do tipo experimental. Trata-se da instituição do chamado Regime Diferencial de Contratações/RDC pela Lei 12.462, de 4.8.2011. o RDC, patrocinado pelo Governo Federal (que logrou inseri-lo no projeto de conversão da Medida Provisória 527, de 18.3.2011), criou novo regime licitatório, radicalmente oposto ao da Lei 8.666/1993, aplicável a situações específicas. A Lei do RDC, em sua redação original, dizia que este regime poderia ser utilizado *apenas* para licitações e contratos necessários à realização dos eventos esportivos que o Brasil sediará em 2014 e em 2016. No entanto, após a aparentemente exitosa experiência com o RDC -, que, segundo consta, trouxe mais celeridade e economia de recursos a licitações feitas pela INFRAERO -, decidiu-se, por meio da edição da Lei 12.688, de 18.7.2012, expandir seu âmbito de incidência também para as chamadas ações do Programa de Aceleração do Crescimento/PAC, do Governo Federal. As ações de PAC, como se sabe, são em

Entretanto, apesar dos avanços trazidos pelo RDC em relação ao regime geral estabelecido pela Lei nº 8.666/1993, desde a sua instituição iniciou-se um forte ataque por aqueles que defendem regras mais rígidas, detalhistas e que cerceiem a discricionariedade dos agentes públicos no âmbito das licitações e contratações públicas, sendo esta posição maximalista adotada principalmente por aqueles que exercem o papel do controle da Administração.³¹²

Nesse sentido, foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei que instituiu o RDC. Uma pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Democratas (DEM) e Partido Popular Socialista (PPS) (ADI 4.645), e a outra pelo Procurador-Geral da República (ADI 4.655), sendo que, em relação a esta última, conforme aponta ROSILHO, “em diversos momentos o autor da ação, para demonstrar a inconstitucionalidade da norma, compara-a não com dispositivos constitucionais, mas com a própria Lei Geral de Licitações e Contratos, como se ela contivesse a única fórmula legal capaz de traduzir com fidedignidade as regras e princípios da Constituição Federal; como se somente sua maneira de licitar fosse aceitável pelo Direito Brasileiro.”³¹³

Há, de fato, um apego pelos órgãos de controle às normas mais detalhistas, mais rígidas, que não concedam espaço para a atuação dos gestores públicos. Isso ocorre por duas razões: a) a primeira porque é mais fácil exercer o controle sobre as formas do que sobre os resultados e; b) a segunda porque a Administração Pública brasileira ainda segue o modelo burocrático, no qual a desconfiança é o pressuposto para a organização dos sistemas de controle.

Infelizmente existem razões para que haja desconfiança dos agentes públicos no Brasil. A baixa confiança da população nas instituições, a crise da representação política e o

sua maioria obras. Um detalhe: as ações do PAC são definidas em decreto editado pelo Presidente da República, que pode, com certa liberdade, ampliar ou restringir a lista de obras suscetíveis de serem licitadas e contratadas pelo RDC. Há quem diga que o RDC está sendo implementado em etapas graduais, mediante testes, e que, futuramente, virá a substituir a própria Lei 8.666/1993.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Como reformar as licitações?* In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 273.)

³¹² Nesse sentido, ver posicionamento do Presidente da União dos Auditores Fiscais do Controle Externo contra o RDC sob o argumento de que este regime aumentaria os gastos do Governo e representaria retrocesso ao combate à corrupção. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/copa-do-mundo-de-2014/licitacao-simplificada-encarcerar-copa/>>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

³¹³ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18.

sentimento de ilegitimidade dos partidos políticos; a má qualidade na produção de decisões por parte da Administração e os rotineiros escândalos de corrupção induzem a uma atividade de controle mais defensiva³¹⁴ e hipertrofiada, incapaz de agir em deferência às opções da Administração.

Assim, uma reforma nos procedimentos relacionados às licitações e contratos administrativos deve ser pensada de forma sistêmica, de modo a abarcar aspectos relativos ao processo de formação das decisões da Administração Pública e os referentes ao seu controle, a fim de evitar impasses entre as funções de administrar e de controlar, impasses esses que são estimulados pelo discurso anticorrupção, conforme será exposto a seguir.

4.3 O CONTROLE FORMALISTA E HIPERTROFIADO EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Uma das mais evidentes consequências do discurso anticorrupção é a hipertrofia dos controles sobre a Administração Pública, principalmente o exercício do controle que privilegia as formas, em detrimento dos resultados.

Essa evidência pode ser vista na Lei nº 8.429/1992. Como se sabe, a denominada Lei de Improbidade Administrativa fez parte do pacote moralizador da Administração Pública na política de “caça aos marajás” do ex-Presidente Collor. O discurso populista de combate à corrupção foi uma de suas bandeiras, o que, mais tarde, mostrou-se mera demagogia ante aos próprios casos de corrupção que culminaram em seu *impeachment*.

O artigo 4º do referido diploma legal dispõe que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.” Nota-se assim que não há, pela norma, a obrigação do agente público de velar pela eficiência no exercício da função pública.

³¹⁴ Nesse sentido, o RDC voltou novamente a ser atacado em razão dos fatos revelados pela Operação Lava Jato, os quais mostraram a existência de atos de corrupção na realização das obras da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 (Ver em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/12154>> Acesso em 30 de dezembro de 2017.) Entretanto, a Lei nº 8.666/1993 não é questionada, embora as decorrências da Operação Lava Jato demonstraram que diversas licitações por ela regidas também foram objeto de atos de corrupção.

Conforme dispõe RODRIGO PAGANI, “a eficiência administrativa, pela Emenda Constitucional nº 19/98, despontou como valor jurídico inquestionável no Direito brasileiro.” Em razão disso, “[...] ela é juridicamente exigível, podendo-se até mesmo reconhecer a existência de um *direito subjetivo público à eficiência administrativa*”.³¹⁵

De fato, pela disposição contida no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, pode-se asseverar que a eficiência é um valor juridicamente exigível e, pelas disposições dos Estatutos dos Servidores³¹⁶, os agentes públicos devem agir em observância a este princípio, sob pena de sofrerem sanções disciplinares.

Entretanto, apesar de ser uma obrigação do agente público agir com eficiência, as normas de controle, em especial as decorrentes do discurso de combate à corrupção, como a Lei nº 8.429/1992, não estipulam como meio de defesa, abono de conduta ou abrandamento de pena o fato de o agente público ter agido de forma eficiente, de ter produzido resultados positivos para a Administração ou para a sociedade, bastando para a sua condenação apenas que tenha atuado de forma ilegal, pessoal, imoral e/ou não pública.

A Lei de Improbidade Administrativa é o reflexo claro de que no Brasil, embora tenham sido envidados esforços para a implantação de uma administração gerencial, as normas de controle seguem o modelo burocrático, as quais privilegiam as formas ao invés dos resultados. Aliás, como apontado na subseção 4.1.1, essa é uma das principais causas para a dificuldade de se implantar uma administração de resultados, uma vez que alterar a lógica do controle burocrático encontra resistência de setores da alta burocracia do Estado³¹⁷ pois, será reduzido o poder desses agentes e de sua capacidade de influenciar os rumos da Administração.

Além de induzir o controle formal da Administração, o discurso anticorrupção provoca uma outra patologia na esfera dos mecanismos e órgãos de controle, que é a sua

³¹⁵ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Em busca de uma administração pública de resultados*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 44-48.

³¹⁶ Como exemplo, pode-se extrair da Lei nº 8.112/1991 (Estatuto dos Servidores da União), mais especificamente em seu artigo 116, diversos deveres impostos aos servidores públicos, os quais estão relacionados a uma atuação eficiente, como a) exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; b) atender com presteza; c) zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público.

³¹⁷ RESENDE, Flavio da Cunha. *Por que as reformas administrativas falham?* In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 17, nº 50, p. 131

hipertrofia e a consequente extrapolação de competências. Um exemplo claro desse movimento é a expansão do controle prévio dos atos da Administração Pública.

4.3.1 A expansão do controle prévio dos atos da Administração Pública

Conforme exposto no início deste trabalho (subseção 2.2.1), desde meados do século passado SAMUEL HUNTINGTON já asseverava que o discurso anticorrupção em sociedades em desenvolvimento tem o condão de provocar uma espécie de “puritanização”, por meio do qual os políticos e os mecanismos de ação política são rejeitados e substituídos por valores meramente técnicos.

Tal cenário de fato pode ser observado no Brasil com a expansão do controle sobre a Administração Pública por meio de mecanismos que tendem a substituir a vontade do administrador³¹⁸ (político e, portanto, não confiável) pela dos técnicos dos órgãos de controle, como ocorre no caso da expansão do controle prévio dos atos administrativos.

CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA dispõem que a instauração do controle *a posteriori* dos atos administrativos pela Constituição de 1967, dentre eles as licitações e contratos, representou a superação do impasse entre o controle externo preventivo e a necessária eficiência na atuação administrativa. A redução da competência do Tribunal de Contas da União (e assim com os demais) na intervenção da despesa pública via contratações, em comparação ao modelo anterior de partilha da função de administração financeira entre gestor público e órgão controlador, foi medida necessária diante da expansão das funções do Estado e dos órgãos sujeitos ao controle.³¹⁹

³¹⁸ Esse cenário tem sido objeto de frustração por parte de administradores, ante a incidência de intensos controles, em especial das Cortes de Contas, que atrasam a implementação de projetos prometidos em sede de campanha política. Nesse sentido, o Prefeito de São Paulo, João Dória, aduziu que “[...] o Tribunal de Contas deveria atuar na fiscalização das contas e da execução fiscal da Prefeitura de São Paulo, não em manifestações prévias. [...] Há um certo exagero sobre as funções do Tribunal de Contas.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1946523-tribunal-de-contas-exagera-em-suas-funcoes-e-prejudica-sp-afirma-doria.shtml>>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

³¹⁹ “Em 1967, portanto, a regra de controle mudou. [...] Numa primeira fase, que vai desde a implantação dos Tribunais de Contas (1890) até a Constituição de 1967, o controle dos gastos estava intensamente imbricado na própria função de administrar. Tinha-se, por assim dizer, um controle *quase administrativo* da atuação financeira estatal (em sentido amplo, incluindo questões orçamentárias, contábeis e patrimoniais) por parte do órgão externo. Isto porque sua atuação coincidia com a decisão administrativo-financeira em si, pois esta dependia da manifestação favorável do controlador para ser implementada. Nesse sistema, a realização das atividades financeiras estatais dependia tanto da decisão dos entes administrativos propriamente ditos como,

A Constituição de 1988, por sua vez, previu o modelo de controle da Administração próximo ao estabelecido pela Constituição de 1967, principalmente no que se refere à manutenção da sistemática do controle *a posteriori* das contratações administrativas. No caso, a opção pelo controle *a posteriori* se deu por um silêncio eloquente do texto constitucional, assim como ocorreu no texto da Constituição de 1967, a qual suprimiu a possibilidade do controle prévio estabelecida na Constituição de 1946.³²⁰

É certo que, embora tenha mantido a lógica da Constituição de 1967 em relação à vedação do controle prévio das contratações administrativas, a Constituição de 1988 ampliou³²¹ consideravelmente as competências da Corte de Contas, a qual passou a exercer

também, da atuação dos órgãos de controle. Do ponto de vista institucional, os órgãos de controle participavam da deliberação de contratar particulares para tarefas administrativas. A função de administração financeira era, de certa forma, partilhada entre os gestores públicos e os órgãos de controle. Graças à extraordinária expansão das funções estatais na segunda metade do século passado, somada à ampliação dos organismos estatais sujeitos a controle (foram gradativamente incluídas ao universo de órgãos controláveis – onde figurava, na origem, apenas o Poder Executivo – as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista), a manutenção desse modelo se tornou inadequada. Para sua preservação acabaria sendo necessário replicar, dentro da estrutura do Tribunal de Contas, a estrutura burocrática das diversas unidades gestoras; medida desarrazoada e, em termos reais, inexecutável. Ademais, a ação administrativo-financeira poderia se tornar inviável ou, ao menos, ineficiente, pelo risco de frequentes conflitos de visão entre o gestor e o controlador, levando ao impasse. O modelo anterior, em suma, gerava forte incentivo à paralisação da máquina pública, por fazer depender da aprovação prévia dos contratos pelo controlador a efetivação de despesas correntes e de investimentos por meio da contratação de terceiros. A superação desse impasse – entre, de um lado, o controle externo preventivo e, de outro, o eficiente exercício da função administrativa – deu-se com a mudança no modelo adotado no País. A fiscalização dos contratos passou a ser posterior, conferindo-se ao Tribunal de Contas, especialmente, o papel de punir condutas irregulares de administradores e de particulares que recebem recursos públicos. A despesa pública oriunda de contratações passou a ser executada pela Administração antes de sua análise pelos órgãos de controle. Noutros termos: admitiu-se que ela firmasse e executasse contratos com autonomia. A competência do Tribunal de Contas para interferir diretamente nas atividades sujeitas a controle foi, por esse ângulo, sensivelmente reduzida. A Administração tornou-se autônoma para decidir e implantar medidas geradoras de despesa, especialmente contratos (parcela significativa dos atuais investimentos públicos).” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competência de controle dos Tribunais de Contas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 193-194.)

³²⁰ “Este percurso histórico na disciplina constitucional do TCU demonstra que a ausência, no regime atual, de previsão explícita de poderes prévios em relação a contratações administrativas configura uma hipótese de *silêncio eloquente*. A Constituição não previu tais poderes porque não os quis prever. A sistemática de atuação prévia do TCU em relação às despesas da Administração Pública vigorou por longos anos, mas foi *deliberadamente abandonada* pelo Constituinte a partir de quando a multiplicação das competências administrativas tornou este sistema inviável e indesejável, em função dos riscos de paralisia administrativa. Em outras palavras, na contraposição entre efetividade do controle e eficiência do agir administrativo, o Constituinte fez clara opção por este segundo valor. Neste contexto, cumpre ao seu intérprete dar efetividade a esta escolha.” (JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?* In **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 218, out./dez. 2014.)

³²¹ BRASIL. Constituição de 1988.

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

o controle da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos da Administração por meio de inspeções e auditorias.^{322 323}

As competências do TCU estão previstas no artigo 71 da Constituição Federal. São elas: a) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; b) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; c) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário; d) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; e) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade; f) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, e; g) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. A Constituição ainda prevê que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”

³²² Essa ampliação das matérias de foco de controle do Tribunal de Contas para aspectos além da legalidade foi considerada um avanço pela doutrina à época, embora atualmente gere dificuldades em relação a interpretações que culminam, não raro, em uma invasão nas competências do Poder Executivo.

³²³ Segundo o Glossário de Termos do Controle Externo do TCU de 2012:

“Legalidade - princípio jurídico fundamental do Estado de Direito e critério do controle externo da administração pública. Para fins do controle externo, o termo legalidade é interpretado de forma mais extensiva do que apenas o confronto direto com as disposições de leis. As disposições infralegais, como os regulamentos e demais atos normativos, por serem instrumentos ordenadores da gestão pública, também são critérios para avaliação dos atos de gestão.

Legitimidade – princípio jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito e critério informativo do controle externo da administração pública que amplia a incidência do controle para além da aplicação isolada do critério da legalidade. Não basta verificar se a lei foi cumprida, mas se o interesse público, o bem comum, foi alcançado. Admite o ceticismo profissional de que nem sempre o que é legal é legítimo.

Economicidade - minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Glossário de termos do controle externo. Brasília: TCU, 2012, pp. 9 e 13. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/fiscalizacao-e-controle/normas-de-auditoria-do-tcu/normas-de-auditoria-do-tcu.htm>>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

No plano infraconstitucional, a atividade do TCU está disciplinada pela Lei nº 8.443/1992. Em relação à matéria de licitações e contratos, o referido diploma legal atribui ao TCU a competência de “acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no regimento interno, os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos” (artigo 41, inciso I, “b”), com o objetivo de instruir o julgamento das contas e assegurar a eficácia do controle (artigo 41, *caput*). A operacionalização do controle dá-se precipuamente por meio das inspeções e das auditorias. Ambas podem ser originadas de iniciativa do próprio TCU ou de requerimento do Congresso Nacional. As inspeções podem, ainda, resultar de denúncia realizada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, ou de representação apresentada por outros legitimados, como o Ministério Público (Federal, Estaduais), demais Tribunais de Contas, senadores, deputados, autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em função do cargo que ocupam.

Dessa forma, diante das competências outorgadas ao TCU, seja pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional, seria possível entender que há espaço para um controle prévio das contratações realizadas pela Administração? Parece-nos que a resposta é negativa, embora esteja ocorrendo um visível movimento de controle prévio de editais e contratos da Administração por parte das Cortes de Contas, em nítida interferência nas competências dos gestores públicos.

Em interessante artigo sobre o tema, EDUARDO JORDÃO dispõe assertivamente que inexistem competências constitucionais (desde a Constituição de 1967) ou legais que autorizem esse movimento de controle prévio dos atos da Administração, sendo que o autor realiza as seguintes conclusões:

- (i) O TCU não pode *exigir* a apresentação de minuta de edital ainda não publicado. Naturalmente, no entanto, o administrador público pode *optar* por enviá-la, para receber sugestões do TCU.
- (ii) O TCU não detém poderes para intervir de forma autorizativa numa minuta de edital ainda não publicada. As competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um “poder geral de cautela”.
- (iii) Na ausência de poderes que permitam ao TCU *emitir determinações* ao administrador público antes da publicação de um edital de licitação, a única atuação que lhe cabe no momento é *opinativa*. Como se adiantou acima, este tipo de atuação independe de qualquer previsão constitucional específica. De todo modo, o administrador não está juridicamente obrigado a acolher eventuais sugestões da Corte.
- (iv) Mesmo após a publicação do edital, o TCU não tem poderes para anulá-lo. Se entender que há vícios de ilegalidade, ilegitimidade e

economicidade, poderá apenas *sustar* o edital e suspender a licitação. Eventual irrisignação do administrador público com esta orientação da Corte de Contas deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário.

(v) As três orientações acima (do STF, do TCU e do administrador público), que favorecem a intervenção prévia do TCU, terminam por consagrar um estado de coisas que o Constituinte claramente quis afastar desde 1967, quando alterou a sistemática do controle externo.

(vi) Não é irrelevante ou necessariamente positivo, do ponto de vista social, que o órgão que possui poderes de controle *a posteriori* os exerça também preventivamente.³²⁴

O autor, em pesquisa para entender quais os fundamentos utilizados pela Corte de Contas para justificar o exercício do controle prévio, especificamente no caso das concessões dos aeroportos de Galeão e de Confins, deparou-se com os seguintes argumentos: a) a antecipação do exame dos editais pelo TCU ampliaria a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do processo e; b) evitaria interrupções indesejáveis no cronograma do projeto público. Haveria assim, em ambos argumentos, a ideia de uma conveniência social para a realização do controle prévio da Administração por parte do TCU, argumentos os quais são rebatidos pelo autor da seguinte forma:

Em relação ao primeiro ponto, ele parece ignorar que, ao mesmo tempo que a antecipação da atuação do TCU amplia a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do projeto de infraestrutura, ele amplia também a possibilidade de intervenções indevidas deste órgão na esfera de liberdade do administrador público para modelar os projetos como melhor lhe parecer. É dizer: trata-se de argumento construído sobre uma concepção idealizada ou pouco realista da atuação do órgão fiscalizador. Tanto a hipótese de contribuição como a hipótese da intervenção indevida são igualmente concebíveis sob uma perspectiva teórica. Sendo assim, é preciso atentar para a opção adotada pelo direito em relação a este dilema – que, neste caso, é a de evitar esta intervenção prévia, tal como se demonstrou acima.

Em relação ao segundo ponto, a Ministra Ana Arraes parece estar fazendo referência à possibilidade de sustação do edital que a Constituição confere ao TCU. O argumento aqui seria o seguinte: como o TCU pode sustar o edital que entender irregular, é melhor que já faça o seu exame anteriormente, para evitar interrupções no cronograma, depois de publicado o edital. O raciocínio não procede.

³²⁴ JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?* In **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, pp. 229-230, out./dez. 2014.

Em primeiro lugar, é preciso contestar que, de um ponto de vista estritamente temporal (estritamente relacionado, portanto, ao cronograma de execução dos projetos de infraestrutura), haja alguma vantagem em interromper o processo antes da publicação do edital e não após a sua publicação. Não há porque supor que a paralisação posterior seria maior do que o adiamento anterior. Ela seria apenas realizada em momento posterior. Aliás, no caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, a imprensa chegou a noticiar que o governo acataria as observações do TCU para evitar atrasos adicionais na publicação do edital – quer dizer, atrasos no cronograma haverá com intervenções prévias ou posteriores.

Em segundo lugar, é curioso que o TCU utilize poderes que detém posteriormente para, numa espécie de ameaça velada, justificar a criação de poderes preventivos, supostamente em benefício do próprio administrador ou da sociedade. A extrair deste argumento todas as suas consequências, ter-se-ia que todo órgão que detém poderes posteriores de sanção jurídica se tornaria “por conveniência social” também um regulador prévio.

[...]

Sob um ponto de vista estritamente prático, não é indiferente que o controle se dê previamente ou posteriormente à adoção de um ato. É intuitivo que o controlador se sentirá mais à vontade para ir fundo nas opções controladas nos casos em que elas ainda não tenham sido postas em prática e não tenham sido amplamente publicizadas. Dito de outro modo, é de se esperar que um órgão controlador seja *menos interventivo* num contexto em que determinado ato já foi praticado. Neste contexto, ao contrário do que ocorreria se pudesse atuar previamente, o controlador tenderia a negligenciar discordâncias menores e menos relevantes que eventualmente tenha com o administrador público. Nun contexto de atuação preventiva, toda a mínima divergência que o TCU tenha com o administrador público poderá suscitar uma comunicação neste sentido. Num contexto de atuação posterior, ao contrário, o órgão controlador tenderá a colocar na balança os inconvenientes de uma eventual sustação do edital para decidir se intervirá ou não. Deverá ponderar se a divergência que tem com o administrador público é de fato tão grave e tão séria a ponto de justificar (i) a interrupção de um projeto público e (ii) a incursão nos ônus políticos decorrentes desta interrupção.³²⁵

Concordamos com a posição de EDUARDO JORDÃO e ainda vamos um pouco mais adiante na argumentação. Além de não possuir respaldo em lei ou na Constituição, o controle prévio dos atos administrativos (em sua fase preparatória) é ilegítimo, uma vez que fere a

³²⁵ JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?* In **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, pp. 223-224, out./dez. 2014.

democracia e mina as bases do nosso já tão fragilizado sistema de representação política. Os ônus e os bônus das escolhas administrativas, sejam elas boas ou ruins, devem ser daqueles eleitos pelo povo, do qual emana³²⁶ o poder de controle em último grau, que se dá por meio do voto popular. Ressalte-se, ainda, que o controlador não arca com qualquer ônus político em suas decisões, ou seja, ainda que exerça de forma ilegítima as escolhas administrativas no lugar do gestor público, não estará submetido a qualquer mecanismo de controle ou constrangimento, permanecendo sobre o gestor toda a responsabilidade pelos atos induzidos pelo controlador.

Como já dito, o discurso anticorrupção induz esse tipo de ação por parte dos controladores, uma vez que estimula a desconfiança na política e a sua substituição por “valores meramente técnicos”, situação que causa o retorno de impasses que, em tese, haviam sido solucionados pela Constituição de 1967. Por fim, a temática do controle versus eficiência ainda possui outros impasses a serem superados, os quais serão dispostos na subseção seguinte.

4.3.2 Os impasses do controle e o exercício da função administrativa

Conforme exposto nas subseções anteriores, a atividade de controle da Administração Pública vem sofrendo uma grande expansão desde a restauração da democracia do Brasil, sendo que, atualmente, pode-se dizer que também há um processo de transferência do poder discricionário do gestor público para o controlador.

Em relação a este último processo, podemos relacioná-lo a uma crise de desconfiança nas instituições políticas (em razão dos recorrentes escândalos de corrupção), a qual produz, como consequência, estímulo aos órgãos de controle (os quais gozam de maior confiabilidade perante a sociedade) para agirem além de suas competências de modo prevenir a prática de atos ilícitos por parte dos agentes públicos.

³²⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ocorre que, ainda que haja boa intenção por parte dos controladores, tal cenário gera um círculo vicioso, uma vez que a substituição da ação do administrador público pela do controlador diminui ainda mais as bases de confiança da sociedade no poder da ação política, o que, por consequência, abre flanco para a ocorrência de mais corrupção (nesse sentido, ver a correlação entre desconfiança e corrupção na subseção 2.1.4).

Essa situação de desconfiança nas instituições políticas e o protagonismo dos órgãos de controle geram impasses, os quais precisam ser conhecidos e levados em consideração em uma reforma do sistema de licitações e contratos administrativos, uma vez que minam as bases da democracia e impedem o exercício eficiente da função administrativa por parte dos representantes eleitos pelo povo.

De forma bastante semelhante ao exposto por FRANK ANECHIARICO e JAMES JACOBS (ver na subseção 4.1) os quais expuseram os efeitos do discurso anticorrupção sobre a Administração Pública de Nova Iorque, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES e JULIANA BONACORSI DE PALMA aduzem que os impasses do controle da Administração Pública no Brasil decorrem do exercício da atividade de controle conformada por:

- (i) discurso de controle, em que as instituições de controle são enaltecidas enquanto se defende menores margens de discricionariedade para a Administração Pública;
- (ii) economia de confiança, que determina o deslocamento de competências administrativas para as instituições de controle; e
- (iii) ausência de um projeto de controle, do qual decorre um sistema de controle frágil, desequilibrado e sujeito a voluntarismos.³²⁷

Nesse sentido, os autores mencionam sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil, os quais precisam ser objeto da agenda de pesquisas do Direito de modo a beneficiar a governabilidade, a segurança jurídica e o exercício mais eficiente das funções públicas, quais sejam:

Impasse nº 1 – Captura das competências públicas: as competências administrativas deslocam-se para órgãos e entes com maior prestígio (não raro sem capacidade institucional para lidar com a gestão pública.

[...]

³²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Paganí de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

Impasse nº 2 – Neopatrimonialismo: o controle é orientado pelas predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador.

[...]

Impasse nº 3 – Desvirtuamento da atividade-fim: os gestores públicos priorizam mais atender às demandas dos controladores do que cumprir com as atividades-fim da Administração Pública.

[...]

Impasse nº 4 – Reais efeitos do combate à corrupção: a cultura do controle é realmente eficaz no combate à corrupção?

[...]

Impasse nº 5 – Gestão de defesa: o administrador de boa-fé é refém do controle.

[...]

Impasse nº 6 – Competição institucional: os órgãos de controle competem entre si.

[...]

Impasse nº 7 – Decisões instáveis: a estrutura do sistema de controle desfavorece decisões definitivas.³²⁸

Em relação aos efeitos do discurso anticorrupção, os autores mencionam que ele induz a quatro grandes truísmos sobre a atividade de controle: a) quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discricionariedade), maior o risco de corrupção; b) quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; c) instituições de controle fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barram a corrupção e; d) a corrupção na máquina pública é contida por meio de punições exemplares: é o efeito simbólico de sanções pesadas que constrange novas práticas delitivas e infracionais públicas. Ocorre que, embora aparentemente corretas essas proposições, os autores mencionam que inexistem elementos ou estudos empíricos que comprovem³²⁹ a eficácia desses truísmos no combate à corrupção.

³²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 24-37.

³²⁹ Nesse sentido, ver a subseção 2.4, na qual demonstramos a fragilidade dos estudos empíricos sobre o tema da corrupção e como os seus resultados podem ser direcionados por preconceitos formados pelo pesquisador.

Por fim, os autores apresentam as seguintes conclusões sobre os impasses da atividade de controle da Administração Pública e alguns possíveis caminhos para a reforma:

1. *As competências institucionais precisam ser claramente definidas.* Não haverá governança sustentável com superinstituições pairando sobre as demais;
2. *A corrupção precisa ser exterminada.* Hoje o principal gargalo ao desenvolvimento brasileiro é a corrupção, seja pelo desvio de recursos públicos, seja pela contaminação dos processos decisórios e a perda da legitimidade democrática;
3. *É preciso ter uma maior reflexão sobre o discurso de combate à corrupção.* Nem todas as falhas de gestão pública são atos de corrupção. Erros honestos e diferentes interpretações merecem tutela jurídica. Não há nada que predique que as interpretações ou prioridades identificadas pelos órgãos de controle sejam, em si, melhores que aquelas adotadas pelo administrador público. Muito menos que divergir do controlador seja em si um gesto ímprobo;
4. *A pesquisa sobre os limites, falhas e necessários aperfeiçoamentos do controle da Administração Pública precisa ser disseminada pelas Faculdades de Direito e centros de pesquisa para, assim, os problemas concretos serem mapeados e receberem soluções jurídicas.*³³⁰

Em nossa visão, os impasses da atividade de controle da Administração Pública, conforme expostos pelos autores mencionados, decorrem precipuamente de duas causas: a) a desconfiança institucional nos agentes políticos, a qual é decorrência da desconfiança da própria sociedade nas instituições políticas e, como consequência; b) uma cultura legislativa reativa a casos de corrupção, a qual culmina na criação de ritos e processos detalhistas destinados a restringir a discricionariedade dos gestores públicos, mas, no entanto, amplie-se a margem de discricionariedade da atividade de controle, cujos agentes gozam de maior confiança e, em sua maioria, passaram pelo crivo de “validação moral” do concurso público.

O ponto chave, em nosso ver, para iniciar um processo de transformação da cultura do controle atualmente vigente no Brasil é o de pensar em como o Direito pode contribuir para o aumento da confiança nas instituições políticas, seja no plano macrojurídico, com a instituição de reformas destinadas a aprimorar o sistema de representação política, seja no plano microjurídico, por meio da identificação de cargos de risco à corrupção, os quais poderão receber uma carga maior de controles a fim de produzir maior confiabilidade às

³³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 37.

decisões desses agentes e, como consequência, maior deferência por parte das instituições de controle.

Como exposto na introdução do presente trabalho, o foco da seção 5 será justamente a busca por soluções microjurídicas que possam permitir um melhor exercício da atividade de controle sobre os agentes públicos que exerçam funções de risco à corrupção, e assim, viabilizar o alívio da carga do controle sobre questões formais do processo administrativo de modo a deslocá-la para a análise de metas e resultados. Entretanto, antes de adentrarmos na análise de como é possível o aprimoramento da atividade de controle, há um ponto que ainda merece ser investigado sobre a cultura legislativa reativa a casos de corrupção, que é a Lei nº 13.303/2016, a denominada Lei das Estatais.

4.4 A RESPOSTA À OPERAÇÃO LAVA JATO – A LEI DAS ESTATAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO

O populismo, entendido como um mecanismo de ação política cujo as fórmulas e a fonte principal de inspiração é o povo, e que tem por objetivo o combate a ideologias do não-povo³³¹, é um dos traços marcantes do exercício da atividade política nos governos da América Latina³³². Ou seja, tem-se no discurso populista um sentido de unificação nacional

³³¹ “O ‘não-povo’ é tudo o que é extrínseco a um povo histórica, territorial e qualitativamente determinado. Populismo e internacionalismo são incompatíveis. O não-povo pode ser internamente representado, não só por uma elite cosmopolita ou imperialista (como nos países ex-coloniais), ou por uma elite plutocrática (a oligarquia argentina), mas também por setores das próprias massas populares, como, por exemplo, os movimentos de classe, julgados portadores de ideologias ou de valores estranhos, ou incongruentes com os valores genuínos da tradição popular autóctone.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco; *Dicionário de política*. Tradução Carmen Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 982)

³³² “Em alguns países que ainda não concluíram o processo de integração étnica e onde é justamente o elemento popular que apresenta características étnicas heterogêneas como na Argentina e no Brasil, os movimentos populistas não invertem a tendência à fusão étnica, mas a aceleram, favorecendo a integração dos elementos étnicos marginais e contrapondo-os às classes dominantes, mesmo que seja exatamente nestas últimas que as características tradicionais aparecem acentuadas e sublimadas. Em países assim, o povo surge, antes de tudo, como um modo de ser aberto e voluntário. A discriminação está voltada contra certas categorias econômicas e culturais ou então se resolve num racismo de tipo ideológico. Deste modo, em vários sistemas populistas militares, os comunistas constituem o ‘diverso’, o corpo estranho que é preciso destruir fisicamente ou expulsar.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco; *Dicionário de política*. Tradução Carmen Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 982)

por meio da eleição de um “inimigo” em comum às diversidades étnicas, culturais e sociais atinentes ao povo de determinado território.

Atualmente, o inimigo comum ao povo escolhido pelo discurso populista tem sido as “elites corruptas”, sendo que o discurso de combate à corrupção já vem sendo incorporado aos mais modernos conceitos de populismo.³³³

Assim, a preocupação³³⁴ do povo com a corrupção é capturada pelo discurso político, o qual, muitas vezes fundado em demagogias, apresenta propostas legislativas reativas e açodadas, sem uma análise prévia de custo-benefício e sem a devida discussão sobre as consequências do que foi proposto.

Do ponto de vista dos direitos e garantias individuais, os inimigos do povo (os corruptos) passam a ser tratados em regimes de exceção pelo Poder Judiciário, sob a justificativa de que, em razão das especificidades dos delitos relacionados ao fenômeno, medidas e processos excepcionais devem ser adotados para o bem comum. Adotam-se discursos extremistas, os quais comparam agentes corruptos a genocidas³³⁵, e atribuem todas as mazelas da sociedade à corrupção, tornando o tema a pauta única das agendas da mídia, da política e da sociedade.

No plano institucional, como visto anteriormente, o discurso de combate à corrupção produz, como consequência, resposta legislativa reativa e muitas das vezes inconsequente. Como exemplo, o pacote anticorrupção de 2013, motivado pelas manifestações de junho daquele ano, o qual, dentre as novidades trazidas, instituiu a Lei nº

³³³ “I define populism as *an ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, ‘the pure people’ versus ‘the corrupt elite’, and which argues that politics should be an expression of the volonté générale (general will) of the people.*” (MUDDE, Cas. *The Populist Zeitgeist: government & opposition*. Malden: Blackwell Publishing, 2004, p. 4. Disponível em: <http://works.bepress.com/cas_mudde/6/>. Acesso em 02 de janeiro de 2018.)

³³⁴ Recentes pesquisas apontam que, após a Operação Lava Jato, a corrupção tornou-se o maior problema do país na visão dos brasileiros. (Datafolha. Data da pesquisa: 25 e 26.nov.15. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em 02 de janeiro de 2018.

³³⁵ Nesse sentido, segue trecho do discurso do Procurador da República Deltan Dellagnol ao defender as denominadas *10 medidas contra a corrupção*: “São três as bases de estruturação das medidas. A primeira é que a corrupção mata, a segunda é que um paraíso de impunidade é um paraíso de corrupção e a terceira essas medidas formam um efetivo próprio contra a corrupção, porque é a impunidade de que alimenta essa corrupção. A corrupção é uma assassina sorrateira, invisível e de massa. Ela é uma serial killer que se disfarça de buracos em estradas, em faltas de medicamentos, de crimes de rua e de pobreza” Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/06/corrupcao-mata-diz-procurador-da-lava-jato-no-plenario-da-camara.html>>. Acesso em 01 de janeiro de 2018.

12.846/2013 (a Lei Anticorrupção), de redação ruim e desencontrada do sistema jurídico brasileiro, o que gerou (e ainda gera) a necessidade de malabarismos hermenêuticos por parte dos operadores do Direito de modo a buscar a sua integralização ao sistema e garantir a devida segurança jurídica àqueles afetados pela norma, em especial, as empresas lenientes.

No âmbito das licitações e contratos administrativos, o discurso anticorrupção induz o Poder Legislativo a produzir leis destinadas a restringir a liberdade de ação dos gestores públicos por meio da instituição de procedimentos extensos e detalhistas, com o fim de reduzir o poder discricionário desses agentes, o qual é deslocado e ampliado para o exercício da atividade de controle. Tal cenário ocorre justamente como resposta a casos de corrupção praticados no âmbito das contratações públicas, sendo que o discurso anticorrupção atua em favor da posição dos *maximalistas* em relação ao tema de licitações e contratos administrativos.

Como é de conhecimento público e notório, a Operação Lava Jato descortinou diversos casos de corrupção praticados no âmbito das contratações realizadas pela Petrobras e, posteriormente, descobriu esquemas ilícitos semelhantes adotados em outras empresas estatais. Com base nesses fatos, imediatamente iniciaram os ataques³³⁶ ao regime próprio e simplificado de contratações da Petrobras, instituído pelo Decreto nº 2.745/1998, de acordo com o permissivo constante na Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo).

A resposta legislativa aos casos de corrupção no âmbito das contratações realizadas pela Petrobras e por outras empresas estatais não tardou, sendo que culminou na Lei nº 13.303/2016, a denominada Lei das Estatais. Referido diploma legal estabeleceu o estatuto jurídico das empresas estatais, sejam elas públicas, de economia mista, bem como as suas subsidiárias, controladas e, em certo grau, também se aplica às sociedades nas quais o Estado mantém investimentos na qualidade de acionista minoritário.

O nova Lei das Estatais dedicou-se claramente a disciplinar dois assuntos principais: a) a adoção de parâmetros de governança corporativa, como transparência na

³³⁶ Dentre as mais evidentes demagogias que o discurso anticorrupção pode produzir, um dos maiores críticos do regime próprio e simplificado de licitações da Petrobras foi o ex-Deputado Eduardo Cunha, o qual aduziu que o decreto que instituiu o referido regime “abriu a porteira para a corrupção” ao flexibilizar as regras de licitação. (*Cunha atribui corrupção na Petrobras a decreto da era FHC*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-atribui-corrupcao-na-petrobras-a-decreto-da-era-fhc,1652314>>. Acesso em 02 de janeiro de 2018). Como se sabe, o ex-Deputado Eduardo Cunha foi afastado do seu mandato e está preso preventivamente por supostamente ser beneficiário de vantagens indevidas decorrentes de atos de corrupção praticados no âmbito das contratações da Petrobras.

gestão e instituição de mecanismos de controle da atividade empresarial; e b) a instituição de um regime próprio de licitações e contratos para as empresas estatais.

Seguindo o histórico das legislações instituídas como resposta a casos de corrupção (como, por exemplo, a Lei nº 8.666/1993), era de se esperar que o estatuto jurídico das estatais impusesse diversas restrições à gestão das empresas, especialmente em relação à área de licitações e contratos. Entretanto, não parece ser este o caso da Lei nº 13.303/2016, uma vez que suas disposições, especialmente as relativas às licitações e contratos, são construídas como um misto das normas previstas no RDC e no pregão, sendo que permitem uma atuação flexível aos gestores das empresas de modo que estas possam exercer as suas atividades de modo eficiente.

Entretanto, a Lei nº 13.303/2016 impôs certas condições para permitir essa atuação mais flexível dos gestores das empresas estatais, como a necessidade de adoção de regras de governança semelhantes às adotadas nas empresas privadas e, especialmente, a imposição de uma purificação dos seus quadros funcionais bem como dos seus contratados. Neste sentido, elegeu-se o inimigo número 1 das empresas estatais, o agente político.

Evidencia-se que o novo estatuto jurídico das estatais foi influenciado diretamente sobre os fatos decorrentes da Operação Lava Jato, os quais demonstraram a utilização indevida das empresas estatais como forma de aquisição de poder político, seja por meio do desvio de recursos para a utilização em caixa 2 de campanhas, seja por meio do loteamento dos cargos como forma de angariar apoio. Assim, a nova lei buscou, a todo custo, afastar a influência política da condução dos assuntos das empresas estatais, seja por meio da vedação a indicações políticas e até mesmo o impedimento da participação de agentes políticos no âmbito dos conselhos de administração.

Ocorre que o legislador, a nosso ver, e como se procurará demonstrar a seguir, fez uma opção arriscada. Consentiu em conceder maiores poderes discricionários aos gestores em troca do afastamento de todo e qualquer tipo de ingerência política nas estatais, estabelecendo-se assim uma verdadeira tecnocracia no comando das empresas. O risco consiste em se perder o foco das funções de interesse público que justificam a própria existência das empresas estatais, as quais poderão sucumbir unicamente aos seus objetivos secundários, ou seja, a obtenção de lucro e o atendimento dos interesses da burocracia do Estado.

4.4.1 Diretrizes do regime licitatório previsto na Lei nº 13.303/2016

Um dos temas que constantemente a doutrina administrativista³³⁷ cobrava solução do Poder Legislativo era a criação de um regime de licitação e contratos específico para as empresas estatais, de modo inclusive a cumprir com a determinação constitucional inserida no artigo 173, parágrafo 1º, inciso III da Constituição Federal³³⁸ pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

O fundamento para a necessidade de criação de um regime próprio de licitação e contratos para as empresas estatais consiste na concepção de que a aplicação do regime geral estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 retiraria a capacidade competitiva dessas empresas no mercado, o qual passou por grandes transformações a partir da década de 1990, momento em que se observou um aumento na disputa entre empresas privadas e estatais. Assim, há o reconhecimento unânime da doutrina, o qual foi objeto da Emenda Constitucional nº 19/1998, de que a Lei nº 8.666/1993 retiraria a capacidade de empreender das empresas estatais, sendo assim imperiosa a criação de um regime específico, norteado pelos princípios

³³⁷ “De um lado, as alterações constitucionais explicitaram a necessidade de que as empresas estatais sejam submetidas a regime licitatório diferenciado do regime da Administração direta e das entidades de direito público da Administração indireta. Há que se conceber para as estatais um regime consentâneo com sua *formação* e, sobretudo, com sua *atuação empresarial*. Devem submeter-se, sim, a licitação, porém sob regime mais flexível e menos rígido que o definido pela Lei 8.666/1993, que se ajusta à Administração direta e às pessoas de direito público da Administração indireta, mas não a entidades empresariais do Estado. Tal necessidade já se impunha em virtude do texto original da Constituição, que já previa empresas estatais e já exigia, portanto, que não se lhes obstasse por completo o *modus operandi* empresarial; agora (pós-Emenda 19/1998), porém, a necessidade de um regime de licitação que lhes seja adequado está ainda mais explícita. Parece-nos que o tema do dever de licitar nas empresas estatais precisa ser revisitado, portanto, para que levemos em conta esta explicitação.” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80.)

³³⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

gerais da Administração Pública, mas com normas mais flexíveis, que concedessem, em última análise, maior liberdade (discricionariedade) aos gestores para conduzir as empresas estatais.

Em nosso ver, a Lei nº 13.303/2016, embora tardiamente, veio a cumprir o papel determinado pela Constituição ao estabelecer, com fundamento nos princípios gerais da Administração Pública, as diretrizes para as licitações e contratos no âmbito das estatais sem, no entanto, impor constringências excessivas aos seus gestores de modo a afetar a competitividade dessas empresas no mercado.

Ainda nesse sentido, a Lei nº 13.303/2016 não comete o mesmo erro da Lei nº 8.666/1993, que estabeleceu uma “superlegalização” ao inviabilizar a edição de decretos regulamentares. Pelo contrário, a premissa inicial da Lei das Estatais é a de que cada empresa possui características peculiares conforme o mercado em que atuam. Sendo assim, em seu artigo 40³³⁹, viabilizou que cada empresa estatal tenha o seu próprio regulamento interno de licitações e contratos, desde que, logicamente, compatível com as disposições da lei.

O artigo 32 da Lei das Estatais³⁴⁰, por sua vez, apresenta as seguintes diretrizes para as contratações públicas nas empresas estatais: a) *padronização*; b) *busca da maior*

³³⁹ BRASIL. Lei nº 13.303/2016.

“Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato.”

³⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.303/2016.

“Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

- I - padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas;
- II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;
- III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;
- IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;
- V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.”

vantagem competitiva; c) parcelamento do objeto; d) adoção preferencial da modalidade pregão e; e) política de integridade.

Em relação à *padronização* do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, parece-nos que essa diretriz visa, corretamente, trazer maior previsibilidade e segurança jurídica aos atos praticados pelas empresas estatais, com a finalidade de facilitar a apresentação de propostas por parte dos licitantes e a atividade dos órgãos de controle. De fato, como bem salientam FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES e JULIANA BONACORSI DE PALMA, “[...] o desenho das minutas-padrão deve ser tal que não reduza drasticamente a discricionariedade para modelar as licitações e os contratos administrativos de acordo com as particularidades do caso concreto”, uma vez que “[e]studos assinalam a ineficiência da estratégia *one-size-fits-all* frente ao endereçamento de dificuldades concretas que se apresentam na gestão pública.”³⁴¹

A diretriz da *busca pela maior vantagem competitiva* talvez seja a mais importante e a que caracterize a necessidade de um regime específico de licitação e contratações para as empresas estatais. Por meio dessa diretriz, o paradigma da contratação pelo menor preço estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 é afastado, podendo assim o gestor da empresa estatal, por meio de uma análise de custo-benefício que envolva aspectos de natureza econômica, social ou ambiental, definir critérios que não o de menor preço para a contratação. Entretanto, para prevenir abusos e garantir o mínimo de transparência e de segurança jurídica, os critérios a serem utilizados para o julgamento das propostas deverão ser fundamentados e objetivados na fase interna da licitação.

O *parcelamento do objeto*, terceira diretriz para as licitações e contratos nas empresas estatais, demonstra claramente a opção da Lei em privilegiar o princípio da ampla competitividade como forma de mitigar os riscos de corrupção. É certo que o parcelamento não pode ter por fim o enquadramento do objeto do certame abaixo dos valores definidos pelo artigo 29, incisos I e II³⁴², com o objetivo de se dispensar indevidamente a licitação, o

³⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 250.

³⁴² BRASIL. Lei nº 13.303/2016.

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

que seria, por evidência, ato praticado com desvio de finalidade. Caso o gestor opte em não parcelar o objeto, a sua decisão deverá ser técnica e economicamente motivada.

A adoção preferencial da modalidade pregão na aquisição de bens e serviços comuns está em consonância à busca pelo aumento da competitividade e pela eficiência nas contratações, uma vez que esta modalidade permite a inversão de fases, a utilização de procedimentos eletrônicos, etapa de lances sucessivos e negociação.

Por fim, a Lei nº 13.303/2016 estabeleceu como diretriz a obrigatoriedade da adoção de *política de integridade* nas contratações realizadas pelas empresas estatais. O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, traz a seguinte definição sobre programa de integridade:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Nesse sentido, em relação às licitações e contratos das empresas estatais, a obrigação da adoção de políticas de integridade adquire caráter dúplice, uma vez que tem importância para aqueles contratos nos quais a estatal seja a contratante, bem como àqueles que seja contratada. Tal fato decorre de que a Lei nº 12.846/2013 é perfeitamente aplicável³⁴³

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;”

³⁴³ BRASIL. Lei nº 12.846/2013.

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

às empresas estatais que se valerem de atos de corrupção para obter benefícios em contratos celebrados com a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Entendimento contrário significaria direta violação ao artigo 173, §1º, inciso II da Constituição Federal³⁴⁴.

Além dessas diretrizes previstas no artigo 32 da Lei das Estatais, as quais devem ser observadas nas licitações e contratos, há uma outra diretriz de mesma ou maior importância, embora não tenha sido elencada no referido artigo, que é a diretriz da transparência e da publicidade. O artigo 35 da Lei nº 13.303/2016 dispõe expressamente a aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) às empresas estatais, esgotando assim uma grande resistência por parte dessas empresas em se submeter à referida lei.

De modo geral, as disposições da Lei das Estatais referentes às licitações e contratos administrativos representam um avanço na disciplina do tema, embora sejam claramente inspiradas nas soluções já apresentadas pelo RDC e pela Lei do Pregão. O desafio atual será garantir a aplicação da Lei nº 13.303/2016, bem como que ela não seja desvirtuada pela atividade de controle, que poderá incorrer no erro de criar interpretações que levem ao formalismo excessivo e, assim, inviabilize os objetivos almejados a partir da instituição desse diploma legal.

4.4.2 Introdução de mecanismos de governança corporativa e o risco de desvirtuamento das funções públicas das empresas estatais

Um dos pontos de maior reflexo da influência dos casos de corrupção que antecederam a elaboração da Lei nº 13.303/2016 é a grande relevância que o diploma legal confere à implantação de mecanismos de governança corporativa nas empresas estatais.

³⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

A governança corporativa pode ser conceituada como um conjunto de práticas atinentes ao relacionamento entre os Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal, com o objetivo de otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital. Ou seja, cria-se um “estado de direito” dentro da sociedade empresarial por meio do estabelecimento de mecanismos de controle dos poderes nela exercidos.³⁴⁵

O objetivo de mecanismos de governança é o de conciliar interesses de controladores e minoritários, de forma a evitar os denominados “conflitos de agência”. Assim, pode-se dizer que a tarefa central da governança corporativa é a de “distribuir o poder no âmbito de uma organização empresarial, para que prevaleçam interesses, repise-se, homogêneos, de todos os sócios”³⁴⁶

Para atingir o seu objetivo, a doutrina aponta que os mecanismos de governança corporativa devem se pautar por quatro linhas mestras: *transparência*; *integridade*; *prestação de contas* e *responsabilidade corporativa*. Sob a linha da *transparência*, todas as informações relativas à administração da empresa devem ser prestadas de modo a manter os acionistas e os investidores em potencial plenamente informados sobre a real situação da companhia. Em relação à *integridade*, devem ser instituídos meios para que sejam considerados e respeitados os interesses dos minoritários. No que tange à *prestação de contas*, os mecanismos de governança devem estabelecer controles sobre os administradores, de modo a evitar abusos e otimizar o desempenho empresarial. Por fim, no que se refere à *responsabilidade corporativa*, devem ser adotadas práticas que “permitam a perenização da sociedade”, com respeito a questões ambientais e sociais.³⁴⁷

É possível notar que a Lei da Estatais seguiu a receita da implementação das mesmas regras de governança aplicáveis às empresas privadas. Nesse sentido o seu artigo 6º dispõe que “o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas

³⁴⁵ TOMAZETTE, Marlon. *A administração das empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 144.

³⁴⁶ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67.

³⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. *A administração das empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 145.

subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção [...]”.

Em relação ao tema da transparência e integridade, além da menção expressa da aplicação da Lei de Acesso à Informação (art. 35), as empresas estatais estão obrigadas, conforme a previsão do artigo 8º da Lei nº 13.303/2013³⁴⁸, a tornar pública a sua política de atuação, por meio da elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas

³⁴⁸ BRASIL. Lei nº 13.303/2016.

“Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

§ 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

§ 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos;

II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

§ 3º Além das obrigações contidas neste artigo, as sociedades de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeitam-se ao regime informacional estabelecido por essa autarquia e devem divulgar as informações previstas neste artigo na forma fixada em suas normas.

§ 4º Os documentos resultantes do cumprimento dos requisitos de transparência constantes dos incisos I a IX do caput deverão ser publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa.

subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

Eis um dos pontos mais importantes da Lei nº 13.303/2016, que é a do estabelecimento da previsibilidade de atuação das empresas estatais por meio da vinculação dos membros dos seus Conselhos de Administração aos compromissos assumidos na carta anual, que deverá ter o seguinte conteúdo: a) a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa estatal e suas subsidiárias, compatível com o interesse coletivo ou interesse de segurança nacional que justificou sua criação; b) a definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim; e c) os impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

Cabe aqui realizar uma reflexão. Nota-se claramente que a instituição da carta anual com o mencionado conteúdo e a vinculação dos membros do Conselho de Administração aos compromissos nela assumidos possui objetivo claro de trazer previsibilidade na condução das atividades das empresas estatais e, principalmente, proteger os acionistas minoritários no caso das sociedades de economia mista, os quais poderão até mesmo se valer do Poder Judiciário para manter a administração da estatal sobre os trilhos definidos na referida carta de compromissos.

Apesar de parecer um aspecto positivo em termos de transparência e integridade corporativa, existem certas peculiaridades na adoção deste tipo de instrumento em uma empresa estatal. Nota-se que será o Conselho de Administração o responsável por definir os compromissos de consecução das políticas públicas inerentes às empresas estatais. É certo que o ente político e acionista controlador indicará representantes de sua confiança para integrar o Conselho de Administração (o qual, aliás, não poderá mais ter agente político como membro), mas tal fato parece-nos que não autoriza uma delegação de poder político ao órgão empresarial para definir como as empresas estatais irão atuar para cumprir os seus objetivos relacionados às políticas públicas do Estado.

Tal circunstância ainda traz um agravante, que é a imposição de constringências ao exercício da supervisão ministerial³⁴⁹ sobre as empresas estatais mediante o risco de

³⁴⁹ “A supervisão ministerial representa o modelo clássico de controle governamental incidente sobre as empresas estatais brasileiras. Cabe ao tutor (ao ministro de Estado encarregado), que representa o controlador,

consequências aos membros do Conselho de Administração que se desviarem dos compromissos subscritos na carta anual. Uma vez que a carta de compromissos é publicada anualmente, eventuais alterações dos cenários político, social ou econômico que demandarem a mudança de curso na utilização das empresas estatais como mecanismo de política pública, será inviabilizada caso não se adéque ao que foi previsto na carta. Nesse sentido, os mecanismos de governança corporativa, principalmente quando aplicados nas sociedades de economia mista, parecem privilegiar com maior intensidade o seu objetivo secundário, que é a realização de lucro, sendo este o interesse primário dos acionistas minoritários.³⁵⁰

Com base nessas questões, WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR aduz que a grande dificuldade em se transpor os mecanismos de governança corporativa das empresas privadas para as empresas estatais (em especial as de economia mista) reside no fato de que nas primeiras há convergência de interesses para um objetivo comum, que é o lucro, o que não ocorre obviamente no caso das estatais. Dessa forma:

Nas sociedades de economia mista, um apelo à poupança privada, que ajuda a financiar a empresa estatal, pressupõe a possibilidade de compatibilizar interesses públicos e privados, ou seja, a afirmação de políticas públicas e lucratividade, mas encerra, ao mesmo tempo, uma

definir as prioridades, sem imiscuir-se exageradamente na gestão diária das atividades empresariais. E isso se dá, o mais das vezes, por meio de canais institucionais ou de contatos informais. O ministro dá orientações gerais para os órgãos societários, cuja vinculação sobre a administração da companhia pressupõe a sua inserção no estatuto social na sua aprovação pelos órgãos produtores de deliberações da companhia, ou seja, a assembleia geral e o conselho de administração. A autoridade investida do poder tutelar poderá exigir relatórios periódicos e prestação de contas, assim como sancionar a proposta orçamentária anual e a programação financeira de interesse da unidade tutelada. O ministro poderá ainda manejar o poder de indicação e destituição dos administradores, para se transformar em interlocutor qualificado perante eles e, dentro de determinados limites, impor informalmente sua vontade como representante legítimo do interesse público.” (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 100.)

³⁵⁰ “O planejamento tem função de apontar as políticas públicas que orientam cada companhia controlada, de modo a evitar o casuísmo, as surpresas e o pragmatismo. O plano legalmente aprovado seria o mecanismo adequado para determinar o âmbito preciso do controlador e da empresa estatal, preservando os legítimos interesses privados que gravitam, sobretudo, no entorno das sociedades de economia mista. Não parece, contudo, que a complexidade que envolve o exercício da empresa seja absolutamente compatível com a fixidez desse tipo de planejamento, que se reveste de obrigatoriedade e rigidez em face das cambiantes realidades dos mercados nos quais atuam as estatais.” (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 102.)

tensão que o legislador e os doutrinadores não foram capazes de solucionar e que, nos últimos tempos de Petrolão e de Lava-Jato, só fez recrudescer.

Não será, entretanto, a governança corporativa a panaceia capaz de fazer a *pax* entre Estados e acionistas e investidores privados. Não pode ser. A governança corporativa pressupõe, é certo, um conflito de interesses, uma miríade de orientações, todas sob o manto da lucratividade. A governança corporativa é instrumento de coordenação de grupos de pressão, que se submetem a riscos e regras distintos, mas perseguem objetivo comum: o lucro.

O termo (governança corporativa) é amplo, multifário, capaz de abrigar sentidos velhos e novos. Mas ainda que seja um conceito jurídico indeterminado na LRE, as referências à governança corporativa (no art. 1º, §§3º, 4º e 7º) e à governança corporativa (nos arts. 6º, 8º, VIII, 12, II, 18, I), que perpassam o texto da lei, remetem evidentemente ao arcabouço conceitual e normativo concebido e aplicado, ao longo da história, às empresas puramente privadas, organizadas sob a forma societária.

Não seria impossível pensar em uma governança das empresas estatais, até mesmo porque esses critérios de governo já existem nas normas constitucionais, nas regras de direito administrativo, no direito societário, na regulação de mercado de capitais e nas leis que instituem as empresas estatais em concreto. Mas essa não é, não pode ser, a mesma governança das empresas privadas, sob pena de confusão e desastre.

O direito societário se aplica às sociedades de economia mista, mas sempre em articulação com o direito público, sob a preponderância das políticas públicas, em detrimento da lucratividade.

A alusão à governança corporativa, sem quaisquer ressalvas e adaptações, inculca a submissão, senão a rendição completa dos interesses públicos – que são a própria razão de existir das empresas estatais –, ante a supremacia da lucratividade e dos interesses privados que representa. Quem o faz, age por ignorância ou má-fé.

Não será nossa indignação, nossa revolta contra a bárbara pilhagem dos cofres públicos, muitas vezes instrumentalizada a partir das empresas estatais, que deverá dar o tom das reformas. As emoções e o desespero não produzem boa ciência, tampouco soluções eficazes.³⁵¹

A história das estatais no Brasil claramente demonstra, em um cem número de episódios, o fracasso dos esforços para que as empresas atinjam os seus fins definidos nas

³⁵¹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 104-105.

leis de criação, seja porque: a) sucumbiram ao aparelhamento político-partidário; b) ao excesso de corporativismo ou; c) à indevida prevalência dos interesses lucrativos.

Os fatos oriundos da denominada Operação Lava Jato influenciaram o legislador da Lei nº 13.303/2016 a preocupar-se unicamente com a primeira das patologias incidentes sobre as empresas estatais, que é o aparelhamento político-partidário. Dessa forma, elegeu-se a política como um elemento de repugnância, sendo que qualquer pessoa que a exerça, seja por meio de mandatos eletivos ou cargos em comissão, no âmbito dos sindicatos e/ou dos partidos políticos, tornou-se um agente de desconfiança, devendo assim ser banido do âmbito das estatais.

Essa opção legislativa pode ser constatada ao analisarmos os requisitos e as vedações impostas para a indicação de membros do Conselho de Administração e das diretorias das empresas estatais, previstos no artigo 17 da Lei nº 13.303/2016. Nota-se a intenção do legislador em criar uma verdadeira tecnocracia³⁵² no âmbito das estatais, de forma inclusive a impedir a participação de Ministro de Estado no Conselho de Administração das empresas.

É certo que os fatos recentemente revelados à sociedade brasileira evidenciaram uma apropriação política de recursos das empresas estatais, especialmente por meio de atos de corrupção envolvendo contratos realizados por essas empresas, os quais abasteciam caixas 2 de campanhas de políticos e partidos. Ocorre que o legislador, em nosso ver, adotou uma posição extrema ao tentar afastar por completo a influência política da condução das atividades das empresas estatais, o que poderá, como consequência, viabilizar que essas empresas sejam geridas em benefício da sua própria burocracia e/ou de interesses

³⁵² Na tecnocracia, pretende-se que alguns poucos que detêm o conhecimento técnico sejam convocados para decidir. Nesse sentido, “[t]ecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe dos *arcaria impem* porque considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver — tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição da renda — não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 34.)

unicamente lucrativos, o que certamente levará à ausência de justificativa de manutenção de sua própria existência³⁵³.

Um retorno aos debates legislativos que antecederam a sanção da Lei nº 13.303/2016 evidenciam que este foi basicamente o único ponto de discussão entre os senadores a respeito do Projeto de Lei nº 555/2015, de autoria do Sen. Tasso Jereissati, que culminou na Lei das Estatais.

Apesar de o Projeto de Lei tratar do tema de licitações e contratos administrativos no âmbito das empresas estatais, não houve, como ocorrido no caso da Lei nº 8.666/1993 e em outros diplomas legais sobre o tema, um embate entre *maximalistas* vs. *minimalistas*. Pelo contrário, houve um consenso de que as empresas estatais deveriam atuar de maneira eficiente, e que a Lei Geral de Licitações representaria um empecilho a esse objetivo.

Nesse sentido, seguem trechos dos discursos da Senadora Gleisi Hoffmann e dos Senadores Humberto Costa e Lindbergh Farias, todos do bloco de apoio ao governo à época da votação, e o discurso do Senador José Serra, do bloco de oposição:

“A SR^a GLEISI HOFFMANN (Bloco Apoio Governo/PT - PR. Para discutir. Sem revisão da oradora.)

[...]

O texto final apresentado pelo Relator Tasso Jereissati foi objeto de diálogos e entendimentos prévios e, em geral, apresenta muitos pontos de convergência, sendo que apenas alguns pontos – quatro, para ser mais exata – específicos restam como discordantes.

[...]

Portanto, restam agora quatro pontos dentre todos os que foram debatidos e negociados com o Senador Tasso Jereissati. São pontos que tratam sobre os membros do Conselho de Administração. Portanto, quais são as vedações de participação. Nós temos divergência com o que o Senador Tasso Jereissati expôs no seu projeto.

[...]

O SR. HUMBERTO COSTA (Bloco Apoio Governo/PT - PE. Para discutir. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, Sr^{as} Senadoras, Srs. Senadores, em verdade, esse projeto, que nós vamos votar hoje, terminou sendo objeto de um exercício parlamentar muito positivo, que nos envolveu, na condição de Líder do Governo, envolveu a nossa Senadora Gleisi Hoffmann, assessores de diversos ministérios do Governo,

³⁵³ “Não existe nenhuma garantia de que a Lei 13.303/2016 produzirá todos os resultados pretendidos. As propostas de combate à corrupção e à ineficiência poderão revelar-se como mais uma proposta ilusória. O grande problema reside, no entanto, em que um cenário dessa ordem conduzirá ao exaurimento do modelo. Se não for viável um modelo jurídico que assegure a atuação apropriada e satisfatória das empresas estatais, a alternativa restante será a sua extinção.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Apresentação*. In JUSTEN FILHO, Marçal (org.) **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 11)

assessores do Senador Tasso Jereissati e o próprio Senador numa construção que me pareceu bastante positiva, especialmente porque tanto o projeto original quanto o relatório apresentado por S. Ex^a continham vários pontos que poderiam ensejar entendimentos que depois nós vimos que não eram exatamente o objetivo do Senador Tasso Jereissati.

[...]

E também conseguimos, num gesto de flexibilização do Senador Tasso Jereissati, trabalhar um consenso em torno desse tema. E produzimos muitos consensos. Eu diria que mais de 90% desse projeto foi pactuado, e todos os riscos que eram levantados, quanto à possibilidade de privatização, foram efetivamente, no meu ponto de vista, retirados.

Naturalmente nós não iríamos chegar a 100% de concordância. E será nesses pontos onde não houve concordância que nós vamos centrar o debate político.

Nós temos uma leitura diferenciada, por exemplo, dos critérios que devem permear a escolha dos integrantes dos conselhos de administração e das diretorias executivas. Consideramos que o projeto e o relatório do Senador Tasso podem conter, inclusive, inconstitucionalidades, estabelecendo restrições legais ao exercício da diretoria executiva de estatais ou de conselhos de administração que a lei, a Constituição, em princípio, não estabelece e até proíbe que se faça esse tipo de discriminação.

Vamos discutir também do ponto de vista do conteúdo. Nós entendemos, por exemplo, que a composição dos conselhos não deve ter a proibição de que integrantes das diretorias executivas possam dele participar. No caso de pessoas que não são dirigentes partidários, não há razão pra que elas não possam ser incluídas em conselhos de administração, desde que – se elas tivessem tido atuação em campanhas eleitorais, em determinadas funções – decorresse um prazo de 36 meses. Nesse ponto também nós não chegamos... Aliás, chegamos a um acordo com a proposta do Senador Aécio Neves, negociada com o Senador José Pimentel.

E também chegamos ao consenso de que não se pode impedir a participação de integrantes do movimento sindical, seja em diretorias executivas ou em conselhos de administração.

[...]

O SR. LINDBERGH FARIAS (Bloco Apoio Governo/PT - RJ. Para discutir. Sem revisão do orador.) – Srs. Senadores, Sr^{as} Senadoras, de fato, esse projeto já está sendo discutido no Senado Federal, no plenário, há uns três meses. Houve um intenso debate, houve a participação do movimento sindical e a discussão com representantes das empresas estatais e da sociedade civil.

Qual o nosso problema com o projeto? É importante dizer que o projeto evoluiu muito. O primeiro ponto em que sempre concordamos com o projeto – parabenizamos o Senador Tasso Jereissati – é o ponto em que ele fala da regulamentação das licitações e das contratações de serviços.

[...]

Aqui, nós enterramos aquele Decreto nº 2.745, de 1998, que permitia as cartas-convite. Nesse aspecto, desde o começo, nós já estávamos de acordo com o PLS 555, do Senador Tasso Jereissati.

Quais eram os nossos problemas? Dois centrais: regulamentação da ocupação de postos em conselhos nas diretorias, um problema que persiste, e um ponto que, para nós, era fundamental, quando nós transformávamos toda empresa pública em sociedade anônima.

Este era um ponto, para nós, aqui, decisivo, Senador Tasso Jereissati. Hoje, nós evoluímos, porque V. Ex^a já tinha retirado o art. 5º e, hoje, na

negociação com a Senadora Gleisi, aceitou também a retirada daquele art. 91, §1º.

Então, eu posso falar, hoje, que, da nossa parte também, nós achamos que temos uma vitória, pela sua flexibilidade de diálogo nessa discussão. Ou seja, não vamos ter mais nesse projeto a possibilidade de uma empresa pública virar sociedade anônima.

[...]

Segundo aspecto: há uma criminalização da política aqui grande. Você diz: "pessoa que tenha exercido cargo em organização político-partidária ou tenha atuado, mesmo como prestador de serviços, em trabalhos vinculados à organização, estruturação e realização de campanhas eleitorais em período inferior a 36 meses."

Dou exemplo do Armínio Fraga, que foi coordenador de programa na candidatura do Senador Aécio Neves. Ele estaria impedido de nomear o Armínio Fraga para Presidência do BNDES, se fosse o caso. Acho exagerado.

O último ponto nesse aspecto: pessoa que exerça cargo em organização sindical. Isso é um retrocesso! Na Alemanha e na França, desde a década de 50, os trabalhadores participam do conselho de administração, inclusive das empresas privadas.

Então, esse ponto para nós é muito caro. Nós não podemos criminalizar atividade do dirigente sindical.

Portanto, queremos votar em separado esses pontos.

[...]

O SR. JOSÉ SERRA (Bloco Oposição/PSDB - SP. Para discutir. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, caro Relator, Tasso Jereissati, eu venho aqui para manifestar não só o meu apoio como também a minha satisfação pelo substitutivo apresentado, como eu já disse, na sessão de 16 de dezembro, quando iniciamos a votação desse projeto de lei.

O PL 555, na verdade, vai representar um marco para a economia brasileira no futuro. Nós vamos estar, eu tenho certeza, os Senadores e as Senadoras, orgulhosos de ter votado e aprovado este projeto. Os seus efeitos não serão imediatos; os seus efeitos são de médio e de longo prazo.

Desde que voltei ao Brasil, após muitos anos de exílio, sempre fui fixado na questão das empresas estatais, pelo papel, pelo envolvimento que tivemos, ainda antes de 1964, no Brasil, e, posteriormente, no Chile. Essas empresas sempre apresentaram, no nosso caso e em outros países da América Latina, dois tipos de problema, que acho que o projeto enfrenta adequadamente. Primeiro, de serem, isoladamente, um fator de desequilíbrio na economia. Não é o que está acontecendo, ou melhor, é exatamente o que está acontecendo agora com a Petrobras, uma empresa de tamanho porte, cujos problemas terminam trazendo desequilíbrios para o conjunto da economia.

Essa é uma primeira questão. A segunda é que elas representaram, historicamente, sobretudo nas décadas mais recentes, focos de privatização política daquilo que deveria ser público.

Esses são os dois problemas fundamentais.

Eu me lembro que, quando estive na Câmara, no início do governo Fernando Henrique – eu era Ministro de Planejamento e Orçamento do Governo Federal –, fui indagado sobre qual era a minha motivação principal em relação à privatização. A minha resposta foi: a minha motivação é política, porque há uma tendência no Brasil, inexorável, de apropriação da empresa pública para que ela sirva a interesses privados. E, nesse sentido, nós temos que enxugar ao máximo esse setor. Lembro que,

na época, ainda tínhamos petroquímica, tínhamos setor de siderurgia e muitos outros setores, inclusive na área de comunicações, de telefonia, a serem privatizados.

Eu creio que o projeto enfrenta essas duas questões de forma adequada, e não quero aqui minimizar a importância que as empresas públicas tiveram no desenvolvimento brasileiro. O Brasil foi o País não socialista onde o Estado teve mais presença, presença de maior impacto, no nosso desenvolvimento. Talvez perdesse a disputa para a Índia, mas a economia brasileira foi uma experiência bem-sucedida, dos anos 1930 até os anos 1980, de economia onde o Estado era hegemônico em muitos setores, a propriedade estatal. E cumprindo o seu papel, mas esse papel se esgotou; esgotou-se pelas características do amadurecimento do nosso processo de desenvolvimento, pela apropriação privada da ação da empresa. Não é privatização, é privatização política. E o fato é que esse papel passou. Quer dizer, entramos em uma era de reformulação. As privatizações feitas funcionaram. Menciono aqui principalmente o caso da telefonia, o sucesso que tiveram, para não falar de outros setores, como petroquímica, siderurgia e tantos outros.

[...]

Agora, vale a pena, sem dúvida nenhuma, citar o que, a meu ver, são três aspectos relevantes do projeto, segundo a minha visão. Primeiro, as regras de governança corporativa, introduzidas pelo Senador Jereissati e por muitos que participaram através de emendas ou de debates. Aliás, neste pronunciamento, quero elogiar a Senadora Gleisi, que, sendo de um Partido que se opõe ao projeto, soube fazer uma tentativa de entendimento, e algumas coisas avançaram, do ponto de vista de consenso, de se poder diminuir ao máximo o número de diferenças.

Mas eu dizia, em primeiro lugar, as regras de governança corporativa, que são inspiradas no bem-sucedido modelo do novo mercado, da Bolsa de Valores de São Paulo. Esse é um verdadeiro redesenho das estruturas de gestão, de decisão e de controle das estatais.

O segundo aspecto é o da adoção de nova sistemática de compras e contratações, inspirada no modelo do regime diferenciado de contratações, o RDC, superando o atual modelo, que, a meu ver, é superado, ineficiente e previsto na Lei nº 8.666.

Em terceiro lugar, quero chamar a atenção para os dispositivos que exigem maior qualificação e capacidade técnica dos gestores das estatais. Esse aspecto é essencial. É preciso pôr fim à apropriação partidária das empresas, que é uma tendência inexorável da política brasileira.

[...]”³⁵⁴

Nota-se claramente, pelos trechos dos discursos transcritos, um consenso sobre praticamente todas as matérias do PLS nº 555/2015, com exceção da imposição de vedações aos membros dos conselhos de administração e diretorias das estatais, em especial, as vedações relacionadas ao exercício de atividade política.

³⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. Notas taquigráficas da 30ª Sessão Deliberativa Ordinária de 15 de março de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/3727>>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

Ou seja, não existiu um embate entre *maximalistas* vs. *minimalistas*, a nosso ver, pelas seguintes razões: a) foi criado um consenso de que as empresas estatais devem atuar no mercado de modo eficiente e, assim, regras rígidas sobre licitações e contratos administrativos (como aquelas previstas na Lei nº 8.666/1993) inviabilizariam o exercício das suas atividades de modo competitivo e; b) o afastamento de influências políticas, a exigência de capacidade técnica dos seus gestores e a introdução de mecanismos de governança corporativa seriam aspectos suficientes a permitir uma maior flexibilização das regras referentes às licitações e contratos das empresas estatais.

Nesse sentido, os parlamentares com ideologias políticas de esquerda, que comumente defendem uma intervenção mais efetiva do Estado na ordem econômica, focaram as suas atenções ao aspecto das vedações impostas à nomeação dos dirigentes das empresas estatais e, principalmente, alegaram que tais restrições representariam a “criminalização” da atividade política e colocariam em risco a consecução dos objetivos públicos das estatais. Por outro lado, o bloco oposicionista, com uma visão econômica mais liberal, defendeu o afastamento da ingerência política das estatais e a imposição de requisitos de qualificação técnica a todos os seus dirigentes.

Parece-nos que a discussão político-ideológica que sempre circunda o tema das empresas estatais foi elevada na discussão do PLS nº 555/2015, e fez com que os parlamentares sequer entrassem em qualquer discussão ou discordância sobre as regras de licitação e contratação.

Esse cenário ocorrido no caso da Lei das Estatais nos leva a algumas reflexões relevantes: seria necessário afastar questões políticas de qualquer tema relacionado a licitações e contratos administrativos para viabilizar a flexibilização de suas regras e, principalmente, produzir maior deferência por parte dos órgãos de controle em relação às decisões e escolhas tomadas pela Administração? Em outras palavras, seria necessário o estabelecimento de uma tecnocracia para assim conseguir uma Administração Pública eficiente? Caso a resposta seja positiva para essas questões, o que seria, então, da democracia, uma vez que os burocratas/tecnocratas não prestam contas à sociedade, ou seja, não são politicamente controláveis (*accountable*)³⁵⁵?

³⁵⁵ MASHAW, Jerry L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In DOWDLE, Michael W. **Public accountability: designs, dilemmas and experiences**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 115.

Essas são questões de respostas difíceis e que surgem em momentos de extremos. Em nossa visão, as opções extremadas, como a adotada pela Lei das Estatais, nunca são positivas, uma vez que sempre são tomadas envoltas por paixões, situação na qual não há a devida análise dos custos-benefícios envolvidos e, especialmente, das consequências futuras daquilo que foi decidido.

Não se nega que a tecnicidade é um aspecto importante não só para a gestão pública, mas para toda e qualquer atividade. Entretanto, a história humana está longe de ser movida por valores meramente técnicos. Apenas os valores políticos podem direcionar a atuação do Estado no sentido de uma ação legítima, que represente a soberania popular, uma vez que o principal mecanismo de validação de suas ações é o voto, o qual constitui o mandato aos representantes do povo.

Há ainda, no entendimento extremado adotado pela Lei das Estatais, um equívoco de que os técnicos, assim como os agentes públicos concursados, são seres de moral superiores, incorruptíveis. Na verdade, não o são³⁵⁶ e não há nada mais perigoso do que um técnico corrupto, o qual detém a capacidade de, por meio de justificativas e escolhas fundadas em aspectos técnico-científicos, dissimular atos de corrupção e tornar a atividade do seu controle tarefa extremamente difícil.

Em nossa visão, o caminho para o estabelecimento de uma Administração Pública eficiente e que contemple mecanismos eficazes de controle da corrupção não passa pela criminalização da política e o seu afastamento da gestão pública, mas sim: a) inicialmente, pelo devido reconhecimento dos limites e das possibilidades das regras sobre licitações e contratos administrativos em relação ao tema da corrupção; b) pela instituição de soluções microjurídicas que direcionem os mecanismos de controle àquelas funções que representem risco de ocorrência de corrupção e; c) pela a realização de reformas, no plano macro, que possam aumentar a confiança das pessoas nas instituições do Estado, em especial, nas instituições políticas.

O último ponto, referente às reformas necessárias ao plano macro não é, obviamente, objeto de análise do presente estudo. Entretanto, em relação aos dois primeiros, serão discutidas algumas possibilidades de aprimorar os mecanismos de *accountability* dos

³⁵⁶ Os próprios fatos decorrentes da Operação Lava Jato demonstram isso. Nesse sentido, o núcleo duro da corrupção da Petrobras era formado por técnicos, servidores de carreira que não exerciam atividade política, como Paulo Roberto Costa, Renato Duque, Nestor Cerveró e Pedro Barusco.

agentes públicos por meio das regras de licitações e contratos administrativos e, principalmente, conforme será realizado na Seção 5, pela definição dos pressupostos necessários para identificar os processos e funções de risco à corrupção, de modo que os mecanismos de controle possam ser a eles direcionados, viabilizando-se assim a transposição da carga de controle de aspectos formalísticos do exercício da função administrativa para a análise do cumprimento de metas e os seus resultados.

4.5 AS POSSIBILIDADES E AS LIMITAÇÕES DO PROCESSO LICITATÓRIO E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Conforme tentamos demonstrar ao longo deste trabalho, uma das principais causas para imposição de regras rígidas ao exercício da função administrativa é, justamente, o pressuposto adotado pelo legislador e pelos órgãos de controle de que o combate à corrupção é o objetivo central das regras de licitações e contratos administrativos. Assim, a cada novo caso de corrupção, regras mais rígidas e interpretações mais restritivas são adotadas, estabelecendo-se um espiral sem fim, o qual acaba por minar a capacidade da Administração Pública agir de forma eficiente no atendimento a todas as demandas que lhe são aduzidas.

Ocorre que a licitação nada mais é do que a criação de um mercado artificial, o qual não é baseado nas leis usuais da economia, mas sim em regras que estabelecem restrições à participação de fornecedores de produtos, obras e serviços por meio da imposição de requisitos de qualificação técnica, jurídica, econômica e financeira que têm, por origem, diversas razões de ser que não apenas a sua relação com o objeto licitado.³⁵⁷

Dessa forma, a premissa inicial que deve ser estabelecida em relação ao tema é a de que as regras sobre licitações e contratos administrativos não devem ter como objetivo principal o combate à corrupção, mas sim o de garantir a boa contratação para a Administração Pública, até mesmo porque, o simples fato de existirem regras de licitação já

³⁵⁷ É certo que o Poder Público não pode se valer dos mesmos requisitos do setor privado em suas contratações. Enquanto a empresa privada busca apenas contratação mais vantajosa, de forma a reduzir os seus custos de produção e assim tornar-se mais competitiva no mercado, o Poder Público deve preocupar-se com aspectos além do preço dos produtos, obras e serviços contratados, como questões socioambientais envolvidas na contratação, questões de segurança à população na execução do objeto, e no cumprimento de políticas de fomento a setores determinados por lei, como critérios de preferência a micro e pequenas empresas e a produtos e serviços com conteúdo nacional.

é um estímulo à corrupção, uma vez que elas representam restrições ao melhor mecanismo de combate à corrupção, que é a livre concorrência.

Em nosso ver, dois principais aspectos devem ser levados em consideração no desenho institucional das licitações e contratos administrativos de modo a auxiliar no combate a atos de corrupção: a) a preponderância do princípio da ampla concorrência e; b) a segurança jurídica na execução dos contratos administrativos; aspectos os quais serão expostos na sequência.

4.5.1 A preponderância do princípio da ampla concorrência no combate à corrupção

O fundamento constitucional do princípio da ampla concorrência nas licitações públicas reside na previsão estabelecida no artigo 37, inciso XXI³⁵⁸, a qual incide efeitos sobre todas as normas legais que tratam do tema, ainda que de modo diverso.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 estabelece a aplicação do princípio da ampla concorrência impondo vedações aos agentes públicos, previstas no artigo 3º, §1º, inciso I, de modo a impedi-los a “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...]”. Entretanto, embora traga essa previsão, a Lei nº 8.666/1993, como exposto na subseção 4.2.2, é fruto de *lobby* das médias empreiteiras, as quais atuaram junto ao legislador com objetivo de estabelecer restrições ao acesso do mercado público às novas empresas do ramo.

³⁵⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Ou seja, o discurso de proteção à ampla concorrência previsto na Lei nº 8.666/1993 assume um ar de hipocrisia, uma vez que as suas disposições e a dinâmica por ela previstas para o desenvolvimento das licitações, na verdade, provocam uma restrição à competitividade. Nesse sentido, conforme expõe CARLOS ARI SUNDFELD, a Lei Geral de Licitações estabeleceu diversas restrições à ampla concorrência nos certames, pelas seguintes razões: a) exige a demonstração de experiência anterior em contratos similares como requisito básico para participação no certame; b) não dá espaço para o fornecimento de garantias financeiras amplas pela empresa novata de modo a suprir a condição de inexperiência; c) dispõe apenas a realização de procedimentos presenciais, o que favoreceu a regionalização da disputa pelos contratos; d) permite a participação de empresas estrangeiras apenas quando o edital assim dispor de modo expresso; e) impõe a fase de habilitação antes da abertura das propostas, excluindo assim, desde o início, as empresas sem condições de serem contratadas; f) veda a realização de negociação, tornando as propostas imutáveis de modo a impedir a guerra de preços e; g) estabelece a hipótese de desclassificação de proposta por inexequibilidade, o que se tornou uma válvula de segurança para impedir que os concorrentes abaissem demais os seus preços.³⁵⁹

Dessa forma, conforme conclui SUNDFELD, a Lei Geral de Licitações, além de reservar o mercado público para as empresas emergentes, também buscou impedir e neutralizar a guerra de preços entre elas. Ou seja, o escopo da Lei foi justamente o de controlar e limitar a incidência do princípio da ampla concorrência.³⁶⁰

A Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), por sua vez, embora não faça nenhuma menção expressa sobre o princípio da concorrência, atacou as características limitadoras previstas na Lei nº 8.666/1993 ao estabelecer procedimentos que realmente fazem cumprir o mandamento constitucional no sentido de se ampliar ao máximo possível a competitividade no certame. Nesse sentido, a Lei do Pregão inverteu a ordem de fases, veiculando a fase da proposta como a primeira, e, apenas após o oferecimento dos preços, por meio de lances sucessivos e após a negociação com a Administração, é realizada a análise da habilitação da licitante. Conforme assevera SUNDFELD, o processo é rápido, pode ser

³⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 22-23.

³⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

realizado por meios eletrônicos, não estimula a litigiosidade e induz a uma forte ampliação do número de participantes e, conseqüentemente, maior disputa de preços.³⁶¹

A resposta à ampliação da concorrência realizada pela Lei do Pregão veio de forma rápida, principalmente por meio de restrições oriundas de supostas atividades de fomento do Estado, como a imposição de critérios de preferência à contratação de micro e pequenas empresas (Lei Complementar nº 123/2006), bem como de produtos brasileiros com preço superiores em até 25% aos similares estrangeiros (Lei 12.349/2010).

Ocorre que essas restrições à concorrência por meio de atividade de fomento realizada nas licitações e contratações públicas tem eficácia bastante duvidosa e, em uma análise de custo-benefício, parece ser algo que não se sustenta. Tomemos como exemplo a Lei Complementar nº 123/2006, que estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o qual concedeu diversos critérios de preferência para a contratação dessas empresas em licitações públicas em detrimento das demais. Será que esse mecanismo de fomento, por assim dizer, produziu resultados satisfatórios? Houve um crescimento efetivo das micro e pequenas empresas e um estímulo à economia local a partir do momento que passaram a ter preferência na contratação pelo Poder Público? Infelizmente, como a maioria dos casos que envolvem a atividade de fomento do Estado, é difícil aferir os resultados da política adotada. O que se percebe, na prática, é que a atividade de fomento realizada no âmbito das licitações e contratações públicas serve como um estímulo à corrupção³⁶², uma vez que incidem na redução da concorrência das licitações públicas e os seus resultados são de difícil aferição, não compensando a sua utilização em uma análise de custos e benefícios.

Dessa forma, em nossa visão, o primeiro mecanismo que atua em favor da prática de atos de corrupção em certames públicos é a existência de restrições artificiais ao mercado, de modo a beneficiar setores específicos. Ou seja, a atividade de fomento, quando aplicada

³⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

³⁶² É muito comum observar em municípios pequenos que a maioria das suas contratações são celebradas com micro e pequenas empresas locais, o que, de certa forma, induz ao estreitamento de laços entre empresários e gestores públicos, facilitando assim a ocorrência de atos de corrupção. Do mesmo modo, as micro e pequenas empresas geralmente possuem estruturas de controle familiar e pouco profissionalizada. Temos aqui, aliás, um paradoxo, o Estado estimula as empresas a adotarem sistemas de controles internos (*compliance*), os quais representam um alto custo em suas atividades, mas concede preferência à contratação de micro e pequenas empresas, as quais geralmente não possuem qualquer mecanismo para garantir a integridade nas suas atividades.

no âmbito das licitações e contratações públicas, em nosso ver, produz incentivos à corrupção uma vez que atua diretamente de modo a reduzir a concorrência.

Mas porque a ampla concorrência é tão importante no âmbito das licitações como forma de evitar atos de corrupção? A resposta é simples: a ampla concorrência entre as empresas tem a capacidade de criar um ambiente de autofiscalização, de modo que nenhuma empresa, em uma economia de mercado (desde que não esteja cartelizado), aceitará a concessão de benefícios e privilégios indevidos aos seus concorrentes. Essa ideia se coaduna com as novas diretrizes do direito administrativo anticorrupção, as quais, conforme exposto na subseção 3.3.3, atuam de forma a estimular a autorregulação das empresas como meio de prevenção à ocorrência de atos ilícitos.

As relações de corrupção ocorrem às escuras, longe dos órgãos de fiscalização do Estado, acobertando-se em processos e procedimentos revestidos de aparente legalidade. Dessa forma, o Estado deve reconhecer que não tem condições, por si só, de fiscalizar todos os seus agentes, devendo assim estimular o próprio mercado a realizar essa fiscalização. Esse estímulo, no âmbito das licitações e contratos administrativo, ocorre justamente por meio da ampliação do caráter competitivo dos certames.

Além da ampla concorrência estabelecer um sistema de autofiscalização entre os licitantes, segundo ALBERTO ADES e RAFAEL DI TELLA, ela também atua como um inibidor da corrupção uma vez que reduz os retornos da atividade econômica e, conseqüentemente, dos valores disponíveis para a propina.³⁶³ Ou seja, um processo licitatório competitivo tende a reduzir a margem de lucro para o contratado e, conseqüentemente, a sua capacidade de pagar vantagens indevidas a agentes públicos. Sendo assim, é possível afirmar que a ampla concorrência nos certames públicos é capaz de afetar os custos de transação da relação de

³⁶³ “This paper presents what we believe is the first empirical study of the causes of corruption across countries. We examine the hypothesis that the level of the rents in general, and Market structure in particular, determine the level of corruption in the economy. Theoretically the effect of rents, of which competition-induced rents is one example, on corruption is ambiguous. Less competition means bureaucrats can extract more rents from the firms they control, but it also means that it is more valuable for the public to avoid corruption and, thus, is more likely to try to control the bureaucrat. Our empirical results are one sided however. Both in our basic cross-section analysis and controlling for country and time fixed effects we find that, other things equal, countries where firms enjoy higher rents tend to have higher corruption levels” (ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. *Rents, competition, and corruption*. In **The American Economic Review**, vol. 89, setembro de 1999, p. 992. Disponível em: <www.people.hbs.edu/rditella/papers/AERRentsCorruption.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.)

corrupção, de modo a estabelecer desincentivos para os agentes ingressarem nessas relações ilícitas.

Há, no entanto, divergência sobre se a abertura das licitações à concorrência internacional é benéfica à diminuição da incidência de corrupção. ADES e DI TELLA acreditam que sim, e estabelecem uma relação entre níveis mais altos de corrupção em países que impõem restrições à competição internacional por meio de proteções e privilégios concedidos às empresas locais.³⁶⁴ Entretanto, TINA SØREIDE, com fundamento em estudo realizado pelo Banco Mundial, aponta que as empresas estrangeiras tendem a ingressar em mais atos de corrupção do que as empresas locais para obterem contratos com a Administração Pública.³⁶⁵

Em nosso ver, independentemente de as empresas estrangeiras serem mais propensas a corromper agentes públicos, principalmente de países subdesenvolvidos, a participação dessas empresas em licitações públicas contribui para desestabilizar eventual cartel formado por empresas locais, as quais são mais propensas a atuar de forma cartelizada justamente pela proximidade geográfica, o que, por si só, corrobora ao argumento de se estimular a abertura dos mercados.

Ocorre que as restrições à competitividade nos certames não advêm apenas de previsões legais, mas também (na maioria dos casos) são consequências das escolhas administrativas realizadas pelos gestores públicos, muitas delas oriundas do exercício do seu poder discricionário. Nesse sentido, qual o norte a ser seguido pelo gestor público ao modelar o edital da licitação de modo que seja compatível com o princípio da concorrência?

Essa questão é objeto de análise de CARLOS ARI SUNDFELD e JULIANA BONACORSI DE PALMA sob o aspecto das licitações referentes a projetos de infraestrutura. Na opinião dos autores, o princípio da ampla concorrência, embora orientador da modelagem do edital e do contrato, não pode ser entendido como um princípio absoluto, sendo assim permitidas

³⁶⁴ “Using data on corruption from two different sources, we find that corruption is higher in countries where domestic firms are sheltered from foreign competition by natural ou policy induced barriers to trade, with economies dominated by a few number of firms, or where antitrust regulations are not effective in preventing anticompetitive practices.” (ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. *Rents, competition, and corruption*. In **The american economic review**, vol. 89, setembro de 1999, p. 992. Disponível em: <www.people.hbs.edu/rditella/papers/AERRentsCorruption.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.)

³⁶⁵ SØREIDE, Tina. *Corruption in public procurement: causes, consequences and cures*. Report Chr. Michelsen Institute, pp. 29-30. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/37166541_Corruption_in_public_procurement_Causes_consequences_and_cures>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

restrições à competitividade, consistentes na exigência de qualificação técnica e econômica, desde que motivadas e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, devendo ser analisadas em cada caso em concreto:

“O grau de limitação à competitividade nos projetos de infraestrutura guarda, portanto, correspondência com o escopo do caso concreto. Em outros termos, a competitividade continua a ser um dos valores públicos que orienta a modelagem do edital e da minuta do contrato, mas, para maior eficiência do projeto, são admitidas com muita naturalidade as restrições à competição, sempre que justificadas.

Exatamente pela estreita relação das exigências de habilitação ao objeto licitado, é impossível traçar uma regra geral que permita identificar com clareza cláusulas demasiadamente restritivas. Essa será uma ponderação feita caso a caso, considerando as particularidades do projeto de infraestrutura. Toma-se como parâmetro, contudo, o texto constitucional do art. 37, XXI, segundo o qual são admitidas apenas “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Assim, são aceitas apenas as exigências de qualificação técnica e econômica atreladas à efetiva satisfação do objeto, ou seja, aquelas necessárias à adequada demonstração da idoneidade do licitante em executar o objeto contratual.

Correto afirmar, portanto, que o Poder Público licitante dispõe de significativa discricionariedade na modelagem do edital de licitação e da minuta do contrato, consideradas as referidas condicionantes constitucionais e legais. A decisão de modelagem deve ser amparada em motivos suficientes, isto é, deve ter fundamentos adequados.

Ademais, deve ser objeto de motivação, com exposição razoável de fato e de direito para a definição das cláusulas do edital e do contrato (art. 50 da Lei n. 9.784/99). Mas isso não significa que a validade do edital e do contrato seja comprometida só pelo fato de não haver, nos autos do procedimento, a explicação detalhada de cada opção tomada em sua formulação. Uma exigência desse tipo seria exagerada, já que o edital é um conjunto de normas gerais e abstratas, cuja motivação pode ser feita de modo mais aberto. Contudo, evidentemente, é preciso que as opções cruciais estejam formalmente justificadas.³⁶⁶

De fato, o princípio da concorrência não é absoluto e não há como se estabelecer uma regra para a atuação do gestor público na definição da modelagem dos editais, principalmente em assuntos complexos como os projetos de infraestrutura, nos quais

³⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Dinâmica de preparação do edital*. In MARCATO, Fernando S.; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Direito da infraestrutura**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 46-47.

inevitavelmente o gestor atuará dentro de sua margem discricionária, com a devida motivação das suas escolhas.

Entretanto, existem formas indiretas de se ampliar a concorrência em licitações públicas que não por meio da liberalização de requisitos de capacidade técnica e econômica. A principal delas é o estabelecimento da segurança jurídica na execução dos contratos administrativos, de modo a minimizar os riscos decorrentes da contratação com o Poder Público e, assim, atrair mais interessados ao processo licitatório, conforme será exposto a seguir.

4.5.2 A necessidade de maior segurança jurídica na execução dos contratos administrativos

Não há como deixar de se constatar uma verdadeira dualidade de visões, seja no plano legislativo quanto na atividade de controle, sobre assuntos que deveriam ser pensados de forma conjunta, como é o caso das licitações e a execução dos contratos administrativos.

Nota-se que o foco do controle tende a incidir fortemente sobre o gestor público apenas na fase de licitação e em situações que possam culminar em obrigações ao Poder Público, de modo que são impostas restrições sobre as escolhas administrativas destinadas à modelagem do edital, do contrato administrativo e eventuais aditivos. Entretanto, o gestor público, antes visto com desconfiança na fase de licitação, torna-se o defensor mor do interesse público na fase de execução contratual, podendo agir em um amplo campo de discricionária contra o contratado, o qual passa a ser visto como uma pessoa secundária nessa relação, uma vez que seu objetivo é meramente o de obter lucro.

Nesse sentido, basta compararmos o campo de atuação discricionária da Administração na fase de licitação com a fase de execução contratual. A existência das denominadas cláusulas exorbitantes³⁶⁷, a ampla competência para a imposição de sanções³⁶⁸

³⁶⁷ “São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed.. São Paulo: Atlas, 2011. p. 271)

³⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.666/1993.

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

sem os mínimos critérios objetivos definidores de proporcionalidade entre a conduta antijurídica cometida pelo contratado e a sanção de possível aplicação, a inexistência de sanções à Administração pelo descumprimento do contrato, são alguns dos fatores que verticalizam a relação das partes no contrato administrativo, o qual torna-se, assim, um elemento de insegurança jurídica para a parte contratada, tendo em vista a posição de supremacia assumida pela Administração Pública.

Essas prerrogativas concedidas à Administração Pública na fase de execução dos contratos administrativos tornam-na uma má-contratante, o que, por consequência, atrai maus contratados. Tal situação produz efeitos diretos na fase licitatória, que é a diminuição do número de interessados em contratar, o que, por sua vez, representa uma mitigação à concorrência, que é, como visto anteriormente, elemento imprescindível para prevenir atos de corrupção nos certames públicos.

É muito comum perceber, principalmente no âmbito dos municípios, mercados com grande potencial econômico (como por exemplo, o de alimentação escolar e limpeza pública) nos quais não há participação de nenhuma grande empresa, mas apenas pequenas empresas locais, as quais normalmente atuam somente no âmbito de contratações públicas e mantêm laços estreitos com os agentes políticos da região. Embora não seja possível comprovar essa

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

afirmação, parece-nos que esse ambiente de insegurança jurídica afasta as grandes empresas dos contratos cotidianos da Administração Pública, ou seja, aqueles que não envolvem cifras milionárias e que geralmente estão ligados a grandes projetos de infraestrutura, em relação aos quais compensaria às grandes empresas assumir os riscos da contratação.

Essa situação perdura, a nosso ver, por duas razões: a primeira eminentemente fiscal, uma vez que promover a horizontalidade da relação das partes em um contrato administrativo demandaria responsabilidade da Administração Pública e dos gestores públicos a fim de que cumpram com as obrigações assumidas, o que geralmente envolve disponibilidade de caixa; e a segunda reside em um dogma, talvez oriundo de posições político-ideológicas, que tende a demonizar o setor privado e a promover o entendimento de que as cláusulas exorbitantes são necessárias para resguardar o interesse público contra os inescrupulosos interesses lucrativos. Ora, não seria resguardar o interesse público a Administração Pública (ou o Estado brasileiro, por assim dizer) cumprir os seus compromissos?

Há, assim, uma cultura de não cumprimento dos contratos administrativos por parte da Administração Pública a qual precisa ser alterada, principalmente por que isso é um dos fatores primordiais para diminuir a incidência de atos de corrupção no âmbito das licitações e contratações públicas, uma vez que, ao se estabelecer maior segurança jurídica aos contratos administrativos, automaticamente haverá a presença de mais interessados em contratar com a Administração, elevando-se assim a concorrência na fase licitatória.

Como se sabe, o exercício do poder discricionário é algo inevitável em uma sociedade complexa, uma vez que o legislador não possui condições de normatizar com detalhes toda a atividade humana, em especial, os meios pelos quais a Administração Pública deverá utilizar para cumprir suas obrigações e atender às crescentes demandas que lhe são aduzidas. Dessa forma, por meio da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, o legislador concede margem de discricionariedade para o gestor público definir os melhores caminhos de atuação para que a Administração possa cumprir com suas funções, claro, desde que as escolhas administrativas sejam tomadas de forma motivada e com respaldo nos princípios gerais da boa Administração.

Ocorre que essa mesma premissa não é aceitável no plano dos contratos administrativos, uma vez que o gestor público tem plenas condições de objetivar todas as relações que decorrerão do contrato administrativo, não sendo assim possível admitir a

existência de espaços para atuação discricionária dos agentes públicos (espaços concedidos geralmente pelas denominadas cláusulas exorbitantes), o que certamente contribui para reduzir a segurança jurídica na execução dos contratos administrativos e funciona como um incentivo à prática de atos de corrupção. Frise-se, não se pode aceitar a existência de poderes discricionários no âmbito da execução dos contratos administrativos, mas apenas na fase antecedente à publicação do edital.

Em nosso ver, algumas mudanças são necessárias para contribuir ao aumento da segurança jurídica nos contratos administrativos, mudanças essas que devem englobar a realização dos atos prévios ao certame até a fase propriamente de execução do contrato administrativo, quais sejam:

- a) Todas as licenças necessárias à realização do objeto de contratação devem ser obtidas pelo Poder Público antes da publicação do edital, como, por exemplo, o licenciamento ambiental;
- b) Instituição de mecanismos que reservem recursos para todo o período de execução contratual;
- c) Supressão das cláusulas exorbitantes em favor da Administração, de modo a se estabelecer uma relação contratual horizontal entre as partes;
- d) Previsão de sanções à Administração Pública no caso de descumprimento do contrato;
- e) Preferência de utilização do regime de contratação integrada para obras e serviços de engenharia, de modo a evitar a necessidade de aditivos na fase de execução contratual;
- f) No caso de obras complexas, a medição dos serviços deve ser realizada por gerenciadora externa à Administração, de forma a diminuir o incentivo à corrupção por parte dos agentes públicos responsáveis pela fiscalização;
- g) Previsão de responsabilização dos agentes públicos por atos omissivos em relação à não adoção das providências necessárias à boa execução contratual;
- h) Introdução da arbitragem para a resolução de disputas relativas a contratos complexos.

É certo que o rol acima não consiste em *numerus clausus*, sendo que representa apenas algumas diretrizes que podem orientar ao desenho das regras sobre licitações e contratos administrativos de modo que deixem de ser um incentivo à prática de atos de corrupção por parte de agentes públicos e privados.

4.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

A confiança, segundo uma concepção da economia, é o elemento fundamental para determinar as ações dos agentes, a formação de expectativas e, principalmente, mitigar as incertezas intrínsecas ao sistema capitalista. É o fundamento do *espírito animal*, descrito por JOHN KEYNES, teórico que pavimentou as bases para a recuperação do capitalismo após a depressão de 1929, como um impulso espontâneo para a ação, fundado mais no otimismo humano do que em expectativas matemáticas, por meio do qual as pessoas agem com a perspectiva de obter benefícios sem sentirem-se constrangidas pelos riscos envolvidos.³⁶⁹

Ou seja, por esse raciocínio, não existe sistema capitalista sem que haja confiança. Entretanto, seria possível existir Administração Pública sem confiança nas pessoas responsáveis pelo exercício da função administrativa? Como visto, tanto é possível como as bases da Administração Pública brasileira foram construídas exatamente sobre essa ideia, a qual é inerente ao modelo burocrático de Administração. Ocorre que, ainda que seja possível a existência de uma Administração Pública fundada na desconfiança, essa opção cobra o seu preço em um aspecto de grande relevância, que é o da (in)eficiência administrativa.

Sob o aspecto da gestão administrativa, a desconfiança incide efeitos diretamente sobre um dos elementos mais importantes para garantir uma Administração Pública eficiente, que é a discricionariedade administrativa. Não há como se imaginar que em um contexto de uma sociedade complexa e globalizada, com aumento exponencial de demandas sobre o Poder Público, que seja possível ao legislador prever e regulamentar, de forma objetiva, todas as relações sociais, políticas e econômicas. Assim, não há como se afastar a necessidade do exercício do poder discricionário por parte dos agentes públicos como forma de garantir à Administração a flexibilidade necessária ao atendimento de todas as demandas que lhe são direcionadas.

Ocorre que o modelo burocrático de Administração, instituído sob a ideia da desconfiança e com o objetivo de combater desvios de conduta praticados por agentes

³⁶⁹ Cf. KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do juro, do emprego e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/090320170036_Keynes_TeoriaGeraldoempregod_ojuroidamoeda.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

públicos, caracterizado inicialmente como o exercício da função pública de modo patrimonialista, induz à multiplicidade de estruturas de controle, com competências sobrepostas, as quais exercem suas funções com base em alguns truísmos, como: a) quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discricionariedade), maior o risco de corrupção; b) quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; c) instituições de controle fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barram a corrupção e; d) a corrupção na máquina pública é contida por meio de punições exemplares.

O modelo burocrático funcionou muito bem inicialmente quando implantado no Brasil, de modo que estabeleceu uma maior noção de impessoalidade e profissionalismo para a gestão pública. Entretanto, tornou-se um empecilho com o desenvolvimento econômico e social, o qual passou produzir maiores demandas por uma Administração eficiente. Em razão disso, tentou-se, por mais de uma vez, substituir o modelo de administração burocrático pelo gerencial, por meio do qual os gestores públicos gozariam de maiores poderes discricionários, e o foco do controle da Administração seria transferido da avaliação de aspectos formais para a análise do cumprimento de metas e aferição de resultados. Entretanto, essas tentativas de reforma nunca conseguiram ser plenamente exitosas, principalmente porque não se conseguiu incrementar a confiança nos agentes públicos e nas instituições, elemento essencial para a viabilidade de um modelo gerencial de administração.

A incapacidade do Poder Público em atender satisfatoriamente as crescentes demandas de uma sociedade cada vez mais complexa acabou por minar a confiança nas instituições do Estado. Para agravar o cenário, os recorrentes casos de desvio de conduta por parte de agentes públicos alimentaram a criação de um “instituto”, por assim dizer, catalizador da desconfiança generalizada, que é o discurso anticorrupção, o qual incidiu decisivamente na formação da estrutura jurídica das licitações e contratos administrativos no Brasil.

O discurso anticorrupção pautou o embate legislativo entre *minimalistas* e *maximalistas*, atuando em favor dos ideais destes últimos de modo a criar um sistema regulador das licitações e contratos administrativos de alta densidade legislativa, com procedimentos detalhistas destinados a restringir o campo de liberdade de ação do gestor público. Como quase sempre ocorre com o discurso anticorrupção, o qual é perene à infiltração de interesses escusos e não republicanos, todo o eixo normativo referente às licitações e contratações públicas, definido pela Lei nº 8.666/1993 foi afetado por interesses

econômicos de empreiteiras emergentes, as quais influenciaram na criação procedimentos detalhistas, com o objetivo de impor restrições à entrada de novas empresas ao mercado e, conseqüentemente, ao caráter competitivo das licitações.

É certo que houve reações a esse modelo, de modo a implantar um sistema de licitações e contratos administrativos mais leve, rápido, barato e eficiente. Entretanto, apesar de alguns êxitos, como a Lei do Pregão e o RDC, a estrutura manteve-se a mesma, muito por conta da forte atuação dos órgãos controladores, os quais adotam a Lei nº 8.666/1993 como um manto sagrado, provavelmente porque o modelo por ela estabelecido permite a manutenção do controle da Administração Pública sob o viés formalista, ideal e de mais fácil de utilização em um ambiente de desconfiança nos gestores públicos do que o modelo destinado à análise de resultados.

Como se não bastasse pautar a atuação dos órgãos de controle, a temática do combate à corrupção, quando capturada pelo discurso político populista, produz no Brasil uma cultura legislativa reativa. Nesse sentido, a cada novo escândalo de corrupção, são propostas novas leis de forma casuística, sem a devida análise de custos e benefícios sobre o que se propõe. A máquina legislativa é movida pelo imediatismo, pelo desespero, situações nas quais acabam-se tomando caminhos baseados em extremos, como é o caso demonstrado pela Lei das Estatais.

A Lei nº 13.303/2016 é o reflexo claro dessa cultura legislativa reativa. Embora não tenha havido o clássico embate entre *maximalistas* versus *minimalistas*, sob forte influência dos fatos decorrentes da Operação Lava Jato, elegeu-se um novo inimigo público das empresas estatais, um agente de desconfiança que gera repugnância e, assim, deve ser banido desse ambiente, que é o agente político ou qualquer pessoa que exerça a atividade política, seja em sindicatos ou partidos políticos. De forma até mesmo utópica, o legislador confiou na pureza moral dos tecnocratas a condução das empresas estatais, garantindo a eles e aos acionistas minoritários o afastamento da ingerência dos políticos. Ocorre que, apesar dessa solução extrema aparentemente caminhar para evitar o aparelhamento político das estatais, traz o grave risco de que estas sejam desviadas de suas funções públicas, e passem a atender meramente interesses lucrativos e os de suas próprias burocracias, as quais, frise-se, não prestam contas politicamente ao povo, do qual emana todo o poder em uma democracia.

Diante desse cenário, como pode o Direito trazer um pouco de racionalidade aos momentos de insensatez? Como aprimorar a confiança nas instituições, principalmente nas

políticas? Como criar um novo eixo de normas sobre licitações e contratos administrativos sem que se abra possibilidade para atos de corrupção? De fato, o cenário estabelecido é complexo e preocupante, mas o Direito pode oferecer caminhos para o aprimoramento da confiança nas instituições e assim viabilizar, como uma relação de causa e consequência, uma maior flexibilização das normas de licitações e contratos administrativos.

Como exposto, em nosso entendimento, o caminho para o estabelecimento de uma Administração Pública eficiente e que contemple mecanismos eficazes de controle da corrupção não passa pela criminalização da política e o seu afastamento da gestão pública, mas sim: a) inicialmente, pelo devido reconhecimento dos limites e das possibilidades das regras sobre licitações e contratos administrativos em relação ao tema da corrupção; b) pela instituição de soluções microjurídicas que direcionem os mecanismos de controle àquelas funções que representem risco de ocorrência de corrupção e; c) pela realização de reformas, no plano macro, que possam aumentar a confiança das pessoas nas instituições do Estado, em especial, nas instituições políticas.

Nesse sentido, a premissa que deve orientar as reformas sobre as licitações e contratações públicas é a de que elas não têm, como objetivo primário, o combate a atos de corrupção, mas sim o de garantir a boa contratação para a Administração. É certo, no entanto, que o estabelecimento de um arcabouço normativo que dê preponderância ao princípio da concorrência e que estabeleça maior segurança jurídica na execução dos contratos administrativos induz à criação de desincentivos à prática de atos de corrupção no âmbito das licitações e contratações públicas.

Essa mudança de perspectiva pode ser auxiliada por meio do aprimoramento dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos, a fim de que estes possam gozar de maior confiança em relação às suas escolhas destinadas à condução eficiente da gestão pública. Como aprimorar esses mecanismos será objeto da próxima seção, que, em nosso entendimento, poderá se dar por meio da identificação dos processos e funções de risco à corrupção, a fim de que os mecanismos de controle possam ser a eles mais fortemente direcionados, com o objetivo de viabilizar a transposição da carga de controle de aspectos formalísticos do exercício da função administrativa para a análise do cumprimento de metas e os seus resultados.

5. PRESSUPOSTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS PROCESSOS E FUNÇÕES DE RISCO À CORRUPÇÃO - UM POSSÍVEL INSTRUMENTO DE BALANCEAMENTO DA DENSIDADE LEGISLATIVA SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme exposto na seção anterior, o aprimoramento da confiança nos agentes públicos é, ao nosso ver, o ponto chave para viabilizar o deslocamento da carga de controles sobre aspectos formais dos atos da Administração Pública para a verificação do cumprimento de metas e resultados. Ou seja, para a efetividade da implantação do modelo gerencial de Administração, são necessárias reformas a fim de aumentar a confiança nos gestores públicos, as quais podem ser realizadas no plano macro, como a reforma política, e no plano micro, por meio da identificação de processos de risco à corrupção e, conseqüentemente, dos cargos que executam funções no âmbito de tais processos.

A hipótese de incremento da confiança nos agentes públicos por meio da identificação de processos de risco à corrupção surgiu a partir da análise de estudo realizado por FERNANDO FILGUEIRAS e ANA LUIZA MELO ARANHA, por meio do qual constataram uma possível ausência de efetivos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos da linha de frente ou, em outra denominação, os burocratas ao nível da rua (*street-level bureaucracy*).³⁷⁰

Os autores, por meio do referido estudo, tentam responder à seguinte questão: “o que explica o fato de as inovações gerenciais da administração pública brasileira, especialmente com a implantação dos mecanismos da nova gestão pública, não terem resultado em uma diminuição da percepção da corrupção por parte da cidadania?” Para responder a essa questão, os autores propõem a seguinte hipótese:

apesar das inovações gerenciais da administração pública, não houve mudança na percepção da corrupção pelo fato de as reformas gerenciais não terem afetado os burocratas da linha de frente, ou seja, os burocratas que se relacionam diretamente com o cidadão e que usam sua discricionariedade indevidamente para auferir ganhos com propina e

³⁷⁰ FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, n.º. 2, 2011, pp. 349-387

suborno. Isto ocorre pelo fato de as mudanças institucionais da administração pública não terem afetado a cultura pública dos servidores da linha de frente, não permitindo constituir um universalismo dos procedimentos no conjunto dos órgãos que compõem a máquina administrativa do Estado brasileiro.”³⁷¹

Inicialmente, os autores apontam que o paradigma das reformas para a implementação da denominada administração gerencial consiste na ideia de que o Poder Público deve atuar sobre as mesmas bases do setor privado, principalmente de modo a buscar a eficiência na prestação dos seus serviços ao cidadão, que assume uma feição de “cliente” do Estado. Dessa forma, o elemento central dessa nova Administração seria o reforço à capacidade decisória dos gestores públicos, por meio do aumento dos poderes discricionários dos burocratas de alto nível (*ground-level bureaucracy*).³⁷²

Em razão dessa ampliação necessária dos poderes discricionários dos gestores públicos, houve o fortalecimento dos mecanismos de *accountability* desses agentes, de modo a ampliar as bases de informações disponíveis para os cidadãos julgarem as suas ações. Entretanto, as reformas realizadas estabeleceram um paradoxo em relação à gestão e o controle, uma vez que, de um lado, procuraram reforçar o poder discricionário dos gestores com poder de decisão, mas, por outro, ignoraram a margem de discricionariedade daqueles agentes que estão no plano de implementação das políticas públicas, ou seja, os agentes públicos ao nível da rua.³⁷³

Com base nessas constatações, FILGUEIRAS e MELO ARANHA estabelecem uma crítica no sentido de que os mecanismos de *accountability* ignoram o importante papel dos burocratas de linha de frente na implementação de políticas públicas, bem como ressaltam que “[s]ão esses burocratas que se relacionam diretamente com os cidadãos e criam, por suas ações, a percepção que aqueles têm sobre o serviço público e sobre o alcance da corrupção

³⁷¹ FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, nº. 2, 2011, p. 350.

³⁷² FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, nº. 2, 2011, p. 356.

³⁷³ FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, nº. 2, 2011, p. 357.

no interior do Estado”³⁷⁴. Em outras palavras, os burocratas da linha de frente são o cartão de visita do Estado em sua interação com os cidadãos, sendo que muito da percepção que estes têm sobre o próprio Estado (inclusive sobre o tema da corrupção), está relacionada com a experiência dessa relação.

Dessa forma, os autores, abalizados por resultado de pesquisa de opinião realizada com agentes públicos da linha de frente, aduzem que o descompasso entre os grandes esforços promovidos pelo Estado na tentativa de diminuir a incidência da corrupção no setor público e a percepção da população de que nada mudou significa que essas políticas anticorrupção não estão sendo direcionadas exatamente àqueles que mantêm contato direto com os cidadãos. Assim, deve-se reconhecer que os agentes públicos da linha de frente possuem poder discricionário e o exercem cotidianamente em suas relações com o cidadão, sendo, aliás, elemento essencial para a implementação de políticas públicas.³⁷⁵

³⁷⁴ FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, n.º. 2, 2011, p. 358.

³⁷⁵ “No que tange a este estudo, podemos interpelar que a razão pela qual o avanço das instituições de controle e dos processos de gestão pública não foi seguido de uma melhora nos padrões de percepção da corrupção é derivada, ainda, de um déficit de *accountability* no âmbito da gestão pública brasileira, que, neste caso, não pode ser confundido com um déficit de transparência. Houve melhorias institucionais na gestão pública brasileira à medida que a transparência foi sendo aprimorada. A corrupção hoje, no Brasil, é transparente ao público. Entretanto, a corrupção que hoje transparece não é punida, não permitindo um processo substancial de responsabilização dos agentes públicos. A corrupção continua bastante percebida por parte da opinião pública, e isto tem impactado negativamente a cultura política democrática e a legitimidade do Estado brasileiro. Apesar das inovações gerenciais, a corrupção continua como uma prática corriqueira, pautando negativamente a opinião pública brasileira.

A razão explicativa que abordamos neste estudo está no fato de as inovações gerenciais não terem sido compatibilizadas com inovações na posição e nas carreiras dos servidores da linha de frente da administração pública. Isto faz com que comportamentos como cobrança de propina e aceitação de suborno continuem como práticas cotidianas no âmbito de organizações, as quais carecem de regras e procedimentos mais claros e universais. Os dados de nossa pesquisa revelam que a continuidade da agenda de reformas administrativas deve observar a posição dos burocratas da linha de frente, com o objetivo de aprimorar os mecanismos de gestão e permitir o devido uso da margem de discricionariedade legalmente garantida. Isso significa aprimorar os mecanismos de treinamento nos valores da ética pública e nos procedimentos que regulam as atividades burocráticas especializadas e cotidianas. Neste sentido, a nosso ver, é fundamental valorizar e assegurar mecanismos de mudança institucional que aprimorem o universalismo dos procedimentos, especialmente no que diz respeito à aplicação de regras institucionais na relação direta com os cidadãos. Seguindo a tese de Hupee Hill (2007), é primordial valorizar e aprimorar a atuação dos burocratas da linha de frente no âmbito do Estado brasileiro, tendo em vista um projeto de mudança a respeito da percepção da *accountability*. O caso brasileiro revela o modo como o aprimoramento institucional das instituições de *accountability* não foi seguido de sua percepção positiva. Nesse caso, o aprimoramento da gestão pública no Brasil, como reforço da transparência, não foi seguido de uma diminuição na percepção da corrupção, por parte da cidadania.” (FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, n.º. 2, 2011, pp. 380-381.)

Essas constatações de FILGUEIRAS e MELO ARANHA produzem consequências importantes no âmbito do direito, especialmente no que tange ao direito administrativo anticorrupção, uma vez que os agentes públicos da linha de frente exercem, inevitavelmente, atos discricionários no exercício de suas funções, entretanto, não estão submetidos ao devido regime de responsabilidades, uma vez que a estrutura de *accountability* desenhada pelo modelo gerencial de Administração pressupõe que esses agentes não detêm margem de liberdade para executar suas funções. Dessa forma, pode-se concluir que existe um campo descoberto de controles efetivos a atos de corrupção por parte dos burocratas da linha de frente.

Assim, de modo a verificar a validade das constatações realizadas pelos autores, a seguir faremos uma avaliação do panorama do desenho institucional dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de traçar as diferenças existentes entre as normas e os regimes aplicáveis aos agentes políticos e membros da alta burocracia, daqueles aplicáveis aos que se encontram ao nível das ruas.

Ato seguinte, será realizada a análise dos traços característicos do poder discricionário exercido pelos burocratas da linha de frente e, por fim, com base em todos esses elementos, tentaremos traçar alguns pressupostos para viabilizar a identificação dos processos de risco à corrupção no âmbito da Administração Pública, de modo que o direcionamento dos mecanismos de controle possa ser realizado de forma estratégica.

5.1 PANORAMA DO DESENHO INSTITUCIONAL DA ACCOUNTABILITY DOS AGENTES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao realizarmos o mapeamento dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos no ordenamento jurídico brasileiro (no plano do Poder Executivo Federal), é possível constatar que, efetivamente, os burocratas da linha de frente não estão submetidos a regimes de prestação de contas e controles específicos, mas sim somente aqueles agentes que a reforma gerencial considerou que deteriam poderes decisórios e, conseqüentemente, maior liberdade (discricionariedade) de ação, como os agentes políticos e os integrantes da alta burocracia do Estado.

Nesse sentido, em relação aos agentes políticos, há a incidência de dois regimes de controle e responsabilização, o político e o penal/administrativo. PEDRO LOMBA define com clareza as diferenças substanciais entre esses dois núcleos de responsabilização dos agentes políticos:

As posições diferenciadoras apoiam-se, essencialmente, em três critérios: o procedimento de aplicação, o tipo de sanção e a natureza do facto responsabilizador. Convém notar, em todo o caso, que a primeira diferença entre a responsabilidade política e a responsabilidade penal não é de regime ou de estrutura mas de fundamento. Ao reprimir a violação dos bens jurídicos mais valiosos de uma comunidade podendo, em consequência, implicar a supressão da liberdade física dos cidadãos, a responsabilidade criminal é necessariamente de aplicação excepcional. Numa ordem jurídica estruturada em torno da proteção das liberdades individuais, o poder punitivo do Estado nunca pode ser encarado como um poder de utilização vulgar. O que se passa com a responsabilidade política é que, independentemente da sua aplicação mais ou menos frequente, nenhum imperativo de uso excepcional a define. Se é indesejável o afastamento rotineiro de agentes políticos do poder, também é certo que por princípio não existem quaisquer obstáculos a essa utilização. As consequências da responsabilidade política não são comparáveis àquelas que decorrem da responsabilidade penal. A responsabilidade política não intervém como última *ratio* para a defesa de bens jurídicos individuais, radicados na consciência comunitária, mas para a censura pública de actuações de sujeitos políticos que sejam negativas para o interesse colectivo ou para a moralidade política.

Por outro lado, nada mais distante da responsabilidade política do que o processamento específico da responsabilidade criminal. De facto, esta última pressupõe o cumprimento de um processo judicial enquadrado legalmente; a responsabilidade política é efectivada de acordo com um processo político. O que separa um procedimento político de um procedimento criminal é o elevado grau de incerteza e flexibilidade do primeiro em oposição à estrutura faseada e linear do processo jurídico.³⁷⁶

No Brasil, o regime de responsabilização política é disciplinado pela Lei nº 1.079/1950, a qual define os crimes de responsabilidade passíveis de cometimento por parte do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República contra: a) a Constituição Federal (art. 4º); b) a existência política da União (art. 5º); c) o livre exercício dos Poderes Constitucionais (art. 6º); d) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (art. 7º); e) a segurança interna do País

³⁷⁶ LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 55-56.

(art. 8º); f) a probidade na administração (art. 9º); g) a Lei Orçamentária (art. 10); h) a guarda legal e conservação dos dinheiros públicos (art. 11) e; i) o cumprimento das decisões judiciais (art. 12).

Além do regime de responsabilização política, os agentes políticos se submetem a todos os mecanismos de responsabilização (penais e administrativos) aplicáveis aos demais agentes públicos, salvo em relação à aplicação das regras oriundas do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/1991) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Aplicam-se aos agentes políticos e aos burocratas da Alta Administração algumas normas específicas, como o Código de Conduta da Alta Administração Federal³⁷⁷, a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013)³⁷⁸, e outras relativas a mecanismos

³⁷⁷BRASIL. Código de Conduta da Alta Administração Federal.

“Art. 1º Fica instituído o Código de Conduta da Alta Administração Federal, com as seguintes finalidades:

I - tornar claras as regras éticas de conduta das autoridades da alta Administração Pública Federal, para que a sociedade possa aferir a integridade e a lisura do processo decisório governamental;

II - contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal, a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior;

III - preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código;

IV - estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público;

V - minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal;

VI - criar mecanismo de consulta, destinado a possibilitar o prévio e pronto esclarecimento de dúvidas quanto à conduta ética do administrador.

Art. 2º As normas deste Código aplicam-se às seguintes autoridades públicas:

I - Ministros e Secretários de Estado;

II - titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis;

III - presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista.”

³⁷⁸BRASIL. Lei nº 12.813/2013.

“Art. 1º As situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, os requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses regulam-se pelo disposto nesta Lei.

Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:

I - de ministro de Estado;

II - de natureza especial ou equivalentes;

III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e

IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.

Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de

(administrativos) específicos para o controle patrimonial desses agentes, como a atribuição de um marcador (*flag*) de Pessoa Exposta Politicamente³⁷⁹ (PEP).

A lógica da aplicação dessas normas específicas de prestação de contas e controle aos agentes políticos e aos burocratas da Alta Administração é muito clara: esses agentes possuem poder decisório e, por isso, devem ter mecanismos de *accountability* específicos e diversos dos aplicáveis aos demais agentes públicos. Esta é, como apontado anteriormente, a lógica estabelecida pelo modelo gerencial de Administração: concede-se maiores poderes discricionários aos gestores públicos, de modo que possam definir as metas da Administração e os meios de obtenção de resultados e, como contrapartida à ampliação dessa

trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.”

³⁷⁹ “O Presidente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 9º do Estatuto aprovado pelo Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998 e tendo em vista o disposto no art. 52 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cuja execução e cumprimento no Brasil foram determinados pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, torna público que o Plenário do Conselho, em sessão realizada em 27 de março de 2007, com base no § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, resolveu:

Art. 1º. As pessoas arroladas no artigo 9º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998 e que são reguladas pelo COAF deverão, adicionalmente às disposições das respectivas Resoluções, adotar as providências previstas nesta Resolução para o estabelecimento de relação de negócios e o acompanhamento de operações ou propostas de operações realizadas pelas pessoas politicamente expostas.

§ 1º Consideram-se pessoas politicamente expostas os agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiras, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e estreitos colaboradores.

§ 2º No caso de pessoas politicamente expostas brasileiras, para efeito do § 1º devem ser abrangidos:

I - os detentores de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo da União;

II - os ocupantes de cargo, no Poder Executivo da União:

a) de Ministro de Estado ou equiparado;

b) de Natureza Especial ou equivalente;

c) de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista;

d) do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível 6, e equivalentes;

III - os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores;

IV - os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores-Gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal;

V - os membros do Tribunal de Contas da União e o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;

VI - os governadores de Estado e do Distrito Federal, os presidentes de Tribunal de Justiça, de Assembléia Legislativa e de Câmara Distrital e os presidentes de Tribunal e de Conselho de Contas de Estado, de Municípios e do Distrito Federal;

VII - os Prefeitos e Presidentes de Câmara Municipal de capitais de Estados.” (BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF. Resolução nº 16, de 28 de Março de 2007. Brasília, 28 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-016-de-28-de-marco-de-2007-1>> . Acesso em 10 de janeiro de 2017.)

margem de discricionariedade, impõem-se controles específicos, especialmente sobre o aspecto patrimonial e verificação de eventuais conflitos de interesse no exercício das suas funções.

Entretanto, aos analisarmos o panorama dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos no Brasil é claramente possível perceber porque a reforma gerencial não foi implementada com pleno êxito. Conforme apontamos na subseção 4.1.1, um dos principais elementos que impossibilitou (e impossibilita) a implantação de uma Administração Pública eficiente e de resultados é justamente a existência de múltiplos mecanismos de controle com foco em aspectos formais, norteados pela visão burocrática da Administração e pela desconfiança nos agentes públicos. Ora, se o pressuposto da administração gerencial é a concessão de maior liberdade aos agentes públicos com poder de decisão, como é possível entender que a eles sejam impostos mecanismos de *accountability* específicos e também os gerais, aplicáveis a todos os demais agentes públicos? Há obviamente uma grave incoerência nesse modelo, o qual gera uma aparente sobrecarga de mecanismos de controle.

Nesse sentido, cabe destacar que houve reação, por parte dos agentes políticos, contra essa sobrecarga de controles, sendo o exemplo claro desse movimento a tentativa de não aplicação da Lei nº 8.429/1992 a esses agentes. O argumento central para a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos reside no fato de que estes já estariam submetidos ao regime de responsabilidade previsto na Lei nº 1.079/1950, a qual prevê, dentre os crimes de responsabilidade possíveis de serem praticados pelos agentes políticos, o de ato contra a probidade na administração, o qual englobaria os atos ilícitos previstos na Lei nº 8.429/1992. Essa tese já chegou a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal³⁸⁰, entretanto, a posição atual é a de que se aplicam aos agentes políticos os dois regimes previstos nas referidas leis de forma independente.

³⁸⁰ “EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual.

Deixando de lado essa questão, o fato é que o critério para a identificação dos cargos de maior risco à corrupção, utilizado atualmente pelo ordenamento jurídico, é a de posição hierárquica dos agentes públicos. Ou seja, os agentes políticos e os membros da alta burocracia, por pertencerem ao topo da hierarquia e terem maior liberdade (discricionariedade) no exercício de suas funções, devem estar sujeitos a mecanismos de controle específicos, não aplicáveis aos demais agentes públicos.

Ocorre que, ao nosso ver, esse critério não auxilia à correta identificação dos processos e funções de risco à corrupção, tendo em vista que ignora as especificidades das diversas atividades exercidas pelos agentes públicos dos mais variados escalões da Administração Pública, bem como parte do pressuposto de que apenas os gestores públicos exercem o poder discricionário em suas funções, o que é uma premissa que não condiz com a realidade.

Dessa forma, para que seja possível uma correta identificação de riscos à corrupção no âmbito da Administração Pública, é necessária a análise das especificidades dos processos nos quais os agentes públicos estão envolvidos no exercício cotidiano das suas atividades, bem como deve ser reconhecido que não são apenas os membros do alto escalão da Administração que atuam de forma discricionária, mas também outros agentes públicos, de

Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação nº 2138/DF. Rel. Ministro Nelson Jobim. Diário de Justiça de 18 de abril de 2008.)

hierarquia mais baixa, também se utilizam da discricionariedade para o cumprimento das suas atividades, em especial, os agentes públicos da linha de frente, conforme será exposto a seguir.

5.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DOS AGENTES PÚBLICOS DA LINHA DE FRENTE

Há, no âmbito da doutrina administrativista brasileira, uma certa resistência³⁸¹ em reconhecer o campo de incidência do poder discricionário dos agentes públicos. Alguns autores chegam ao ponto de afirmar que não existem atos discricionários, uma vez que toda e qualquer atuação por parte dos agentes públicos está vinculada aos princípios da Administração. De fato, os princípios gerais da Administração devem nortear a atuação dos agentes públicos em suas funções, mas isso não significa que eles não exerçam constantemente o poder discricionário no cumprimento das suas tarefas cotidianas, o que pode se dar, inclusive, na execução dos denominados atos vinculados³⁸².

Um ponto de partida interessante para chegarmos à conclusão de que todo agente público possui poder discricionário, e que o exerce constantemente, consiste na análise da incidência da discricionariedade nos elementos do ato administrativo, quais sejam: *sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade*.

Em relação ao *sujeito*, parece-nos que não há o que se falar em incidência de discricionariedade, uma vez que isso representaria uma violação às regras de competência previstas em lei, tendo em vista que “o sujeito só pode exercer as atribuições que a lei lhe confere e não pode renunciar a elas, porque lhe foram conferidas em benefício do interesse público”.³⁸³ No entanto isso não ocorre com os demais elementos do ato administrativo.

³⁸¹ Parece-nos que essa resistência de parte da doutrina em reconhecer os diversos campos de atuação discricionária dos agentes públicos reside no receio de que isso possa inviabilizar a apreciação dos seus atos por parte do Poder Judiciário. Entretanto, esse receio já não encontra mais razão de existir (talvez faria sentido em tempos autoritários), bem como induz a um descolamento do direito à realidade, o que acaba por impor mais dificuldades ao exercício cotidiano da função administrativa por parte dos agentes públicos.

³⁸² Ver subseção 3.3.2.

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.

Poderá haver discricionariedade em relação ao seu *objeto* ou conteúdo, “que pode ser definido como o efeito jurídico imediato que o ato produz”, quando a lei deixa opções ao agente público sobre quais caminhos a seguir (como exemplo, a previsão de duas ou mais penalidades para punir determinada infração) ou quando a lei faculta-lhe a agir ou não agir.³⁸⁴

No que tange à *forma*, há claramente espaço para a atuação discricionária do agente público nas hipóteses em que a lei não definir como deverá se dar a exteriorização do seu ato, ou seja, como deverá ser o modelo da sua execução.

Em relação ao *motivo*, entendido como o pressuposto de direito e de fato que serve de fundamento ao ato administrativo, “na hipótese da lei não descrevê-lo por meio de noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva”, haverá espaço para a atuação discricionária dos agentes públicos, como ocorre, por exemplo, quando a lei se utiliza dos conceitos jurídicos indeterminados, “que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios”.³⁸⁵

Por fim, em relação ao elemento da *finalidade* do ato administrativo, do mesmo modo que ocorre com o elemento *motivo*, quando a lei não dispõe critérios objetivos para identificar os fins que se pretende alcançar com o ato, utilizando-se apenas de conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, impondo a finalidade de resguardar a ordem pública, a moralidade e o bem comum, há espaço para atuação discricionária por parte dos agentes públicos. Entretanto, como bem alerta DI PIETRO, quando a lei designa o resultado específico que cada ato deve atingir, não há espaço para escolhas por parte do agente público, não podendo assim ser buscada finalidade diversa do que foi estabelecido em lei, sob pena de caracterização de desvio de poder.³⁸⁶

Nesse sentido, a análise das hipóteses do campo de incidência da discricionariedade em relação a cada elemento do ato administrativo nos leva à conclusão de que todo agente público tem margem para exercer atos discricionários no cumprimento de suas funções.

³⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

³⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 77-78.

³⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

Entretanto, essa constatação não é suficiente para viabilizar a detecção dos processos e funções de risco à corrupção. Assim, é necessário avançar um nível, para entender como se dá a utilização do poder discricionário por aqueles agentes que estão na linha de frente da Administração, os quais, naturalmente, estão expostos aos riscos inerentes à execução do ato administrativo, como o risco de morte (policiais, bombeiros), o risco à saúde (agentes de saúde) e, da mesma forma, o risco à corrupção.

A análise do poder discricionário exercido pelos burocratas da linha de frente não foi realizada inicialmente com o objetivo de avaliar pontos de risco à corrupção, mas sim de entender por que a aplicação de políticas públicas tende a ser exitosa em determinados momentos e lugares e, em outros, culminam em um fracasso. O ponto levantado pela doutrina é o de que os agentes de alto escalão da Administração idealizam e prescrevem as normas das políticas públicas mas, no plano micro, são efetivamente os burocratas da linha de frente que realizam a sua aplicação, inclusive valendo-se do uso da discricionariedade na execução das suas funções, o que pode acabar levando ao fracasso a execução de uma política pública. Nesse sentido, ANTÔNIO OLIVEIRA menciona que:

Se as leis prescrevem os comportamentos que deverão ser punidos e se as legislaturas determinam a elegibilidade dos que serão afetados pelas políticas, no plano micro a aplicação das leis e a seleção dos que receberão os benefícios são dependentes da discricionariedade dos burocratas de linha. Numa situação concreta, que conduta ameaça à ordem pública? O policial na rua é quem deve decidir. O número de pessoas que será atendido nos postos de saúde pode depender largamente das decisões dos funcionários. A administração do posto pode estabelecer a cota diária, mas não tem como assegurar a qualidade do atendimento na enfermaria ou no consultório. Os administradores sabem que a adoção de medidas que sofram sérias restrições dos trabalhadores da base pode provocar uma reação que atinja a qualidade do serviço e que ponha os gestores e os políticos sob a luz do público.³⁸⁷

O primeiro autor a sistematizar essa relação entre os burocratas da alta administração e os da linha de frente, bem como a reconhecer a importância destes para a

³⁸⁷ OLIVEIRA, Antônio. *Burocratas da linha de frente: executores e fazedores das políticas públicas*. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 6, p. 1551-1573, dez. 2012, pp. 1554-1555. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000600007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 12 de janeiro de 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122012000600007>.

execução e criação de políticas públicas, foi MICHAEL LIPSKY, por meio da obra “*Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*”.

LIPSKY aduz que o problema de implementação das políticas públicas desapareceria se a discricionariedade dos agentes públicos da linha de frente fosse eliminada. Entretanto tal cenário seria impossível, uma vez que as funções exercidas por esses agentes envolvem tarefas complexas, sendo que o exercício do poder discricionário por parte desses agentes é relevante por três motivos:³⁸⁸

Primeiro, os agentes públicos da linha de frente frequentemente trabalham em situações muito complicadas para serem reduzidas a formas programáticas. Como exemplo, policiais não possuem um manual para como interagir com os cidadãos sob todos os aspectos fáticos da vida, especialmente em relação às interações com hostis.

Segundo, os agentes públicos da linha de frente atuam em funções que frequentemente requerem respostas de dimensões humanas, e não legais, a diferentes situações. Assim, a discricionariedade permite que esses agentes utilizem sua sensibilidade, experiência e julgamento para resolver as tarefas do cotidiano.

Terceiro, a discricionariedade contribui para promover o moral dos agentes públicos da linha de frente, uma vez que estes conseguem executar melhor as suas funções e com fundamento em seus próprios valores e experiências, bem como encoraja os cidadãos (*clients*) a acreditarem que os agentes do Estado efetivamente podem atuar de modo a garantir o bem-estar social.

Ocorre que, como dispõe LIPSKY, um dos dilemas do serviço público é justamente a busca pelo correto balanço entre a flexibilidade de atuação dos agentes da linha de frente com a necessidade de se garantir uma Administração impessoal, imparcial e fundada na legalidade. Essa dificuldade produz uma espécie de atividade pendular nas reformas da Administração, que hora tendem a limitar a discricionariedade desses agentes e hora a aumenta-la. Entretanto, independentemente do movimento dessas reformas, a complexidade das tarefas da Administração e a necessidade de intervenção humana para garantir a

³⁸⁸ LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*. New York: Russell-Sage Foundation, 2010, p. 15.

efetividade da prestação dos serviços públicos colocam a discricionariedade como um elemento permanente e característico dessas funções públicas de linha de frente.³⁸⁹

Em que pese não seja o objetivo do presente trabalho avaliar o impacto dessa questão na seara de políticas públicas, é certo que esse cenário demonstra o evidente equívoco do “corte metodológico” realizado pelo ordenamento jurídico para impor mecanismos específicos de *accountability* unicamente aos agentes da alta burocracia, esquecendo-se que todos os agentes públicos exercem poder discricionário e, em especial, os agentes públicos de linha de frente, os quais lidam diretamente com a execução de políticas públicas e, como agravante, são o ponto de contato entre o setor público e o privado, sendo assim sujeitos ao alto risco de incidência de casos de corrupção.

É certo que não se pode colocar todos os agentes públicos de linha de frente no mesmo plano em relação ao risco à corrupção. Nesse sentido, não há como se imaginar que um agente de saúde ou um professor estão sob os mesmos riscos à corrupção do que um policial, um agente fiscal de tributos ou um membro de comissão de licitação. Há, evidentemente que se analisar o grau de risco à corrupção conforme as peculiaridades dos processos que esses agentes de linha de frente estão envolvidos. Para tanto, é necessário o estabelecimento de pressupostos para realizar essa avaliação, o que será objeto da subseção a seguir.

5.3 PRESSUPOSTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS PROCESSOS E FUNÇÕES DE RISCO À CORRUPÇÃO

Conforme expusemos na seção anterior, um dos caminhos que, a nosso ver, pode contribuir para o aprimoramento da confiança nos agentes públicos e, conseqüentemente, viabilizar a liberação da carga de controles formais sobre a Administração é por meio da identificação dos processos e funções sujeitas ao maior risco à corrupção.

Do ponto de vista do direito administrativo, a partir do momento que esses processos e funções de maior risco à corrupção são identificados, é possível estabelecer mecanismos destinados à servirem como desincentivos ao ingresso dos agentes públicos em

³⁸⁹ LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy. Dilemas of the Individual in Public Services*. New York: Russell-Sage Foundation, 2010, p. 16.

uma relação de corrupção, seja por meio da imposição de controles mais rígidos sobre o aspecto de evolução patrimonial e de vedação a conflitos de interesses, seja do ponto de vista da concessão de maiores vantagens pecuniárias a esses agentes. Nesse sentido, conforme dispõe a literatura, o melhor caminho para lidar com a corrupção nesses casos é por meio da adoção da política do *sticks and carrots*, ou seja, na medida que se impõem maiores controles e restrições de direitos a esses agentes (*sticks*), deve-se recompensá-los com certas vantagens, precipuamente de cunho pecuniário (*carrots*).

Entretanto, como visto anteriormente, não há uma análise de riscos que subsidie, no Brasil, a adoção de mecanismos de *accountability* dos agentes públicos, sendo que o único corte que existe é o hierárquico, uma vez que os controles específicos referentes à análise patrimonial e vedação a conflitos de interesses são aplicáveis apenas aos agentes políticos e aos membros da alta burocracia da Administração. Assim, demonstrado que este modelo de corte hierárquico é insuficiente e, realizada a identificação dos processos e funções de maior risco à corrupção (dentre as quais certamente estarão aquelas de agentes que atuam em processos licitatórios e em acompanhamento de contratos administrativos), é possível transpor esses mecanismos específicos de controle também para esses agentes que não são políticos e que não estão no topo da hierarquia.

Como exemplo, é possível estabelecer um marcador especial (à semelhança do Pessoa Politicamente Exposta - PEP) aos agentes que exercem funções classificadas como de alto risco à corrupção, de modo que os órgãos de controle responsáveis pela fiscalização patrimonial (como o COAF) possam direcionar sua atenção à análise patrimonial desses agentes, bem como dos seus familiares. Ademais, a partir do momento que se tem o mapeamento das funções de risco à corrupção, é possível submeter os agentes que as executam às normas que previnem a ocorrência de conflitos de interesse (como a Lei nº 12.813/2013).

Ou seja, a identificação de processos e funções de risco à corrupção é um poderoso instrumento para direcionar corretamente os mecanismos de controle dos agentes públicos que efetivamente exercem funções de risco à corrupção, sem a necessidade de adoção de medidas inconstitucionais³⁹⁰ contra direitos e garantias fundamentais, e sem provocar uma paralisia na Administração com a imposição excessiva de controles formais.

³⁹⁰ Como exemplo, tome-se o caso das “10 medidas contra a corrupção” propostas pelo Ministério Público Federal, como a realização do “Teste de Integridade”, que consiste em um flagrante forjado contra o agente

Em relação ao tema, ao realizarmos uma pesquisa de direito comparado, encontramos como exemplo de adoção de políticas de avaliação de riscos à corrupção no setor público a realizada pela Independent Commission Against Corruption (ICAC)³⁹¹, que é a agência anticorrupção³⁹² do Estado australiano de New South Whales.

O ICAC desenvolveu uma metodologia para a definição do perfil de risco à corrupção que perpassa por uma análise: a) da natureza e das características das atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado e; b) dos riscos à corrupção percebidos pelos integrantes desses órgãos, por meio da realização de questionários (*survey*), os quais buscam avaliar as estratégias de prevenção à corrupção em andamento e onde, na opinião dos entrevistados, residem pontos a descoberto de políticas de prevenção à corrupção no âmbito das organizações.

Além das respostas dos membros das organizações do Estado para definir o perfil de risco à corrupção, o ICAC também se valeu de sua experiência prévia como investigador de casos de corrupção no setor público para detectar as funções de maior risco por meio da combinação da análise do poder discricionário exercido pelo burocrata, a importância dos resultados do seu trabalho para a comunidade e as características dos grupos de ‘clientes’ que são afetados ou beneficiados por suas decisões. Dessa forma, foram detectadas quinze funções de alto risco à corrupção:

- 1) inspeção, regulamentação ou monitoramento de padrões de leis, negócios, equipamentos ou produtos;
- 2) provisão de serviços a novos imigrantes;
- 3) atribuição de qualificação ou licença a indivíduos;
- 4) provisão de serviços à comunidade onde a demanda exceda a oferta;
- 5) alocação de recursos públicos;

público, o qual é submetido a uma simulação de modo a verificar se ingressará ou não em uma relação de corrupção.

³⁹¹ ICAC, Independent Commission Against Corruption. *Profiling The New Public Sector: Functions, Risks and Corruption Resistance Strategies*. 2003. Disponível em: <http://www.icac.nsw.gov.au/documents/preventing-corruption/research-1/1665-profiling-the-nsw-public-sector-functions-risks-and-corruption-resistance-strategies/file>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

³⁹² O ICAC tem por competência prevenir e investigar casos de corrupção no setor público, sendo que, dentre as suas principais funções estão: “to co-operate with public authorities and public officials in reviewing laws, practices and procedures with a view to reducing the likelihood of the occurrence of corrupt conduct, and to educate and advise public authorities, public officials and the community on strategies to combat corrupt conduct”. (ICAC, Independent Commission Against Corruption. *Profiling The New Public Sector: Functions, Risks and Corruption Resistance Strategies*. 2003, p. 1. Disponível em: <http://www.icac.nsw.gov.au/documents/preventing-corruption/research-1/1665-profiling-the-nsw-public-sector-functions-risks-and-corruption-resistance-strategies/file>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.)

- 6) determinação ou revisão de multas e outras sanções;
- 7) recebimento de pagamentos;
- 8) provisão de assistência ou cuidados a pessoas desabilitadas ou vulneráveis;
- 9) provisão de subsídios, assistência financeira, concessões a necessitados;
- 10) determinações ou julgamentos sobre indivíduos ou disputas;
- 11) testes e exames em humanos e animais;
- 12) decisões sobre investimentos em desenvolvimento;
- 13) venda de ingressos;
- 14) obras públicas;
- 15) ligações rotineiras com o setor privado, além da compra de bens e serviços.³⁹³

Nota-se que o perfil de risco levantado pelo ICAC trabalha com a análise do nível de discricionariedade exercido pelo agente público, bem como com as características do grupo de pessoas que são afetadas por suas decisões, além do nível de interação desses agentes públicos e privados no âmbito dos processos administrativos.

A Controladoria-Geral da União (CGU) desenvolveu, em parceria com a Transparência Brasil, a denominada “Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção” que estabelece pressupostos, semelhantes à metodologia do ICAC, para identificar as funções de risco à corrupção no setor público brasileiro.³⁹⁴ Ao nosso ver, a metodologia desenvolvida pela CGU e Transparência Brasil é mais eficaz e precisa do que a do ICAC, uma vez que trabalha apenas com a análise de critérios objetivos para aferição de riscos à corrupção, e não com a percepção subjetiva das pessoas.

O primeiro passo (**Passo 01**) estabelecido pela metodologia da CGU/Transparência Brasil é o de localizar os processos executados pelas organizações públicas, considerando que elas exercem processos finalísticos, gerenciais e administrativos. “Os finalísticos produzem resultados voltados aos beneficiários diretos das ações dos órgãos ou ao conjunto

³⁹³ ICAC, Independent Commission Against Corruption. *Profiling The New Public Sector: Functions, Risks and Corruption Resistance Strategies*. 2003, pp. 99-104. Disponível em: <http://www.icac.nsw.gov.au/documents/preventing-corruption/research-1/1665-profiling-the-nsw-public-sector-functions-risks-and-corruption-resistance-strategies/file>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

³⁹⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

dos cidadãos. Para que se viabilizem, contam com a orientação trazida pelos processos gerenciais e com os serviços ou produtos gerados pelos processos administrativos.”³⁹⁵

Identificados os processos atinentes a cada organização, caminha-se para o segundo passo (**Passo 02**), que é o de avaliação daqueles que apresentam maior risco à incidência de corrupção. Neste caso, para a definição dos processos que deverão ser mapeados pelas organizações, ou seja, avaliados conforme os próximos passos da análise de risco, os seguintes critérios deverão ser atendidos:

1. Envolver compras diretas de produtos ou serviços para a instituição, com o emprego de recursos financeiros significativos;
2. Atribuir direitos ou benefícios ao público – são os processos em que a administração pública pode reconhecer situações que concedam direitos aos cidadãos ou empresas, como a emissão de certificados, concessões etc.;
3. Envolver transferência de recursos entre organizações públicas dos diversos níveis de governo ou entre a administração pública e entes privados, e;
4. Verificar o cumprimento de obrigações e a aplicação de penalidades. Direitos atribuídos pelo poder público têm, na maior parte dos casos, a contrapartida do cumprimento de obrigações específicas que devem ser verificadas pela administração pública a partir de processos de trabalho de fiscalização, vistoria ou similares. Identificando-se o não cumprimento da obrigação, podem ser aplicadas multas, suspensões ou outras penalidades.³⁹⁶

Os critérios deverão ser analisados e pontuados conforme o quadro seguinte, sendo necessária a presença, obrigatoriamente³⁹⁷, do item “1. Recursos financeiros (RF)”, para manter o processo sob avaliação:

³⁹⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, p. 13. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

³⁹⁶ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, p. 14. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

³⁹⁷ Discordamos do critério utilizado no sentido de que apenas os processos que envolverem recursos financeiros deverão ser analisados, ou seja, obrigatoriamente a resposta ao item “1. recursos financeiros (RF)” deve ser “sim”, de forma a viabilizar a análise dos riscos envolvidos no processo. Ao nosso ver, os critérios de concessão de “2. direitos e benefícios ao setor privado ou cidadãos” e o de “4. cumprimento de obrigações e aplicação de penalidades” adquirem maior relevância do que propriamente o fato de haver a presença de recursos financeiros no âmbito do processo.

CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DOS PROCESSOS MAPEADOS				
Critérios/ Avaliação	1. Recursos financeiros (RF)	2. Direitos e benefícios ao setor privado ou cidadãos (AD)	3. Transferência de recursos entre entes (TR)	4. Cumprimento de obrigações e aplicação de penalidades (CO)
Sim = 1	Envolve	Atribui direitos	Transfere recursos	Conta com ações fiscais, vistorias e aplicação de penalidades
Não = 0	Não envolve	Não atribui direitos	Não transfere recursos	Não conta com tais ações

Fonte: BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, p. 15.

Os processos são avaliados por meio de notas, sendo que, quanto maior a nota obtida, maior a relevância para incluí-los na etapa seguinte de análise (**Passo 3**), que é a de aprovação da seleção por parte do colegiado responsável por gerenciar o mapeamento de riscos.

Após a aprovação, inicia-se a quarta etapa (**Passo 4**), que é a definição das variáveis que influenciam o ambiente do processo. Nesse sentido, as seguintes premissas devem ser observadas para a identificação das variáveis:

Acesso do beneficiário, público ou parte interessada: há processos iniciados por solicitação externa, em que o órgão pode impor exigências para que os interessados tenham acesso ao resultado do processo. Cabe resultar as exigências e dificuldades para o acesso, bem como a existência ou não de intermediários informais. Cabe, nesse campo, analisar se há grupos específicos interessados que poderiam ser favorecidos ou prejudicados nesses processos. Também deve ser especificada a quantidade de favorecidos por ano ou no período, de acordo com as informações disponíveis.

São beneficiários diretos do processo as pessoas ou as organizações diretamente atingidas pelo resultado do processo – adquirindo ou não direitos, obtendo ou não recursos etc.

São partes interessadas as pessoas ou organizações que possam ter suas atividades influenciadas pelos resultados finais do processo. No documento, devem constar apenas os beneficiários, público ou partes interessadas significativos para o processo. Isso porque, em princípio, a sociedade poderia ser ‘cliente’ do processo em todos os casos. Na maior dos casos, porém, a relação não é direta e não influencia a análise do processo, sob o foco dessa metodologia.

Quando há mais de um interessado no processo, deve-se abrir um novo campo para cada caso. Quando alguns tópicos citados não forem

aplicáveis, devido à posição do interessado no processo, deve-se anotar “não aplicável” no respectivo campo do Papel de Trabalho.

Legislação: devem ser identificadas as normas aplicáveis aos processos, avaliando sua atualização, aplicabilidade na realidade atual e clareza na especificação. Caso haja necessidade de normas específicas, mencionar isso.

Medidas de desempenho: é um campo que depende da existência de controles sobre o processo. Caso existam, devem ser registrados o tempo médio para finalização do processo, a quantidade de responsáveis envolvidos, o percentual de processos finalizados com sucesso e o grau de atendimento aos requisitos previstos nas normas.

Implicações para outros processos de trabalho: devem ser identificados, entre os outros processos do órgão, os diretamente influenciados pelo processo em análise.

Desenho do fluxo básico dos processos: visa identificar os principais passos decisórios que possam afetar o resultado final.³⁹⁸

Após identificar as variáveis que incidem sobre o processo, o próximo passo (**Passo 5**) é realizar o mapeamento das decisões que nele são praticadas, uma vez que “os riscos de corrupção surgem nas decisões que podem alterar significativamente os resultados ou o andamento do processo”³⁹⁹. Para nortear o mapeamento das decisões, o responsável pela avaliação de risco deverá responder às seguintes questões, sendo que cada decisão identificada corresponde a um passo decisório, o qual deverá ser avaliado no passo seguinte à luz dos critérios de identificação dos riscos à corrupção:

1. Que evento dá início ao processo e que organização, unidade ou posto de trabalho é responsável pela sua apresentação, informação ou encaminhamento ao órgão? Os eventos podem ter solicitação externa, solicitação interna, a configuração de determinada situação e outros.
2. Quais são as informações necessárias para o próximo passo do processo? Quais informações são endógenas e quais são exógenas?
3. Que decisão tomada no início do processo é responsável pela transformação das informações, podendo dar diferentes encaminhamentos ao processo? Deve ser registrado o tipo de decisão e o seu responsável. Por exemplo: acolhimento do processo para

³⁹⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, pp. 18-19. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

³⁹⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, p. 19. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

análise pelo órgão. Responsável: chefe do setor de análise de processos.

4. Quais são os resultados possíveis dessa decisão? Exemplo: acolher a solicitação, solicitar informações adicionais ou arquivar o processo.
5. Quais informações são agregadas aos resultados possíveis descritos no item 4 para dar continuidade ao processo? Se forem diferentes, conforme o resultado, discriminar.
6. Qual decisão, a partir do resultado da decisão anterior e das informações agregadas indicadas no item 5, permite nova alteração significativa no andamento do processo, podendo conduzir a diferentes resultados?
7. Quais as possibilidades de resultados dessa decisão?⁴⁰⁰

Após serem identificados os passos decisórios do processo, inicia-se a próxima fase (**Passo 06**), que tem por objetivo realizar efetivamente o mapeamento dos riscos de corrupção. Nesse sentido, “três conjuntos de perguntas são aplicados aos passos decisórios. O primeiro se refere às informações que apoiam cada passo decisório; o segundo, aos passos decisórios propriamente ditos; e o terceiro, às suas alternativas de resultados”. Para tanto, os seguintes critérios de pontuação são utilizados de acordo com cada resposta: “Sim = 1 / Não = 0 / Não se aplica = x”.⁴⁰¹

As perguntas que integram os três conjuntos são as seguintes:

- P1 – As informações que alimentam o passo decisório são especificadas em legislação/normas internas?
- P2 – As informações que alimentam o passo decisório são construídas a partir de metodologia e critérios?
- P3 – As informações utilizadas no passo decisório contam com coleta de dados estruturada?
- P4 – As informações que alimentam o passo decisório são consistentes?
- P5 – O tomador de decisão tem a informação disponível no momento em que decide?
- P6 – Os responsáveis pela decisão possuem o conhecimento necessário para a sua realização, conforme a legislação ou normas?
- P7 – Existem instâncias e mecanismos para o controle e supervisão da decisão?

⁴⁰⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, pp. 20-21. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

⁴⁰¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, p. 21. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

- P8 – Há mecanismos que garantam o acesso dos interessados às justificativas e ao conteúdo da decisão?
- P9 – Há registro do histórico da decisão no órgão e/ou outras instituições?
- P10 – A decisão é vinculada a critérios que garantam a consideração ampla dos interessados ou beneficiários no processo?
- P11 – A decisão é orientada por critérios que garantam a eficiência econômica do processo?
- P12 – A decisão conta com a participação da sociedade?
- . Há consulta pública sobre o cerne da decisão?
 - . Na avaliação dos resultados de consultas públicas, considera-se o cerne da decisão?
 - . Os resultados da consulta pública são considerados na tomada de decisão?
- P13 – Há controle do contato entre o decisor e os beneficiários ou partes interessadas na decisão?
- P14 – Os processos semelhantes tiveram o passo decisório concluído no período de um ano?
- P15 – Há possibilidade de revisão da decisão por órgão executivo diverso (recurso)?
- P16 – A decisão se dá a partir da disponibilidade das informações necessárias?
- P17 – Há registro de histórico dos resultados do passo decisório?
- P18 – O resultado parcial do passo decisório contribui para o aperfeiçoamento da próxima decisão ou do resultado final do processo?
- P19 – As alternativas de resultados parciais são previstas em legislação ou normas internas?
- P20 – Há visibilidade quanto às implicações econômicas e sociais da decisão?
- P21 – Há indicadores para a avaliação do tempo necessário para o passo decisório?
- P22 – Há controle do histórico sobre quais são os beneficiários ou as partes interessadas dos resultados do processo?
- P23 – Há avaliação dos resultados finais do processo com base em indicadores ou critérios que denotem a sua efetividade? ⁴⁰²

Quanto mais respostas “Sim” a essas questões, menores serão os riscos de corrupção envolvidos nos passos decisórios dos processos avaliados. O grau de risco é estabelecido na escala de 1 (menor risco à corrupção) a 10 (máximo risco à corrupção), a partir da utilização de fórmulas e cálculos predefinidos.

Como visto, o mapeamento dos processos de risco à corrupção pode auxiliar à Administração Pública na identificação das funções de risco à corrupção, das

⁴⁰² BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*, pp. 22-29. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

vulnerabilidades, bem como pode contribuir para o aprimoramento dos processos, os quais são importantes mecanismos de legitimidade e controle das decisões administrativas.

Por meio da análise das metodologias de avaliação de risco aqui apresentadas, é possível estabelecer um racional, um ponto comum entre elas, que nos permite definir que o risco de incidência à corrupção em certas funções públicas depende da amplitude do poder discricionário exercido, e que este seja relevante para iniciar, barrar ou concluir processo que tenha por finalidade impor obrigações, restringir ou conceder direitos, vantagens e benefícios à qualquer pessoa física ou jurídica, sendo que o grau de interação dos agentes públicos e privados envolvidos, a existência de mecanismos de controle para verificação e validação de decisões e o nível de transparência com o qual são realizados os atos no processo são variáveis capazes de aumentar ou diminuir o risco à corrupção.

A partir dessa constatação, é possível construir o raciocínio de que o processo é o meio pelo qual a Administração pode inserir mecanismos de desincentivos à prática de atos de corrupção, bem como é o meio pelo qual a sociedade pode fiscalizar a atuação dos agentes públicos. Entretanto, algumas funções têm o poder de evitar a instauração do próprio processo, barrar a sua continuidade ou desvirtuá-lo das suas finalidades. Essas funções são exercidas pelos agentes políticos, membros da alta Administração e pelos agentes públicos da linha de frente.

Conforme demonstrado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro impõe mecanismos de *accountability* específicos aos agentes políticos e burocratas da Alta Administração justamente porque esses agentes possuem poder discricionário para definir as políticas públicas de atuação do Estado, criando assim normas que vinculam a atuação de todos os demais agentes públicos, bem como porque também possuem poder decisório, sendo que podem proferir decisões capazes de alterar drasticamente os rumos dos processos administrativos.

Ocorre que os agentes públicos da linha de frente também exercem o poder discricionário e, principalmente, em razão das especificidades das suas funções, podem evitar a instauração de processos e, assim, barrar a incidência de todos os mecanismos de controle desenhados pelo ordenamento jurídico. Como exemplo, um agente de trânsito que aceita propina para deixar de aplicar uma multa, a qual que se operaria por meio de um processo administrativo; um fiscal de obras que recebe vantagem indevida para falsear a

verdade a fim de evitar a instauração de processo administrativo para aplicação de penalidades ao contratado, dentre outras possibilidades.

É por isso que está presente, até mesmo no senso comum, a ideia de que os agentes públicos que exercem poder de polícia estão sujeitos a praticar atos de corrupção, uma vez possuem discricionariedade para realizar a subsunção de fatos concretos à norma, bem como detêm a competência de provocar ou não a instauração de processo administrativo que poderá resultar em graves consequências a agentes privados. Embora essa ideia seja aparentemente óbvia, ela, como visto, não está incorporada no modelo de *accountability* dos agentes públicos no Brasil.

5.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Conforme tentamos demonstrar por meio da presente seção, o desenho dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos no Brasil baseia-se em uma premissa equivocada, no sentido de que apenas os agentes políticos e os burocratas da alta Administração necessitam de mecanismos de controles específicos para prevenir atos de corrupção porque apenas esses agentes possuiriam margem para exercer poderes discricionário e decisório no exercício de suas funções.

Ocorre que, como exposto, todo agente público possui poder discricionário para exercer as suas funções, principalmente, os agentes públicos da linha de frente, os quais são os responsáveis por executar, nos planos fático e material, os atos necessários para a implementação das políticas públicas do Estado. Entretanto, esses agentes públicos que exercem relevante função, que são o ponto de contato entre o Estado e os cidadãos, não recebem maiores atenções por parte do ordenamento jurídico e dos órgãos de controle no que tange à aplicação de mecanismos destinados à prevenção e detecção de atos de corrupção.

Ao analisarmos os pressupostos para a identificação de processos e funções de risco à corrupção, é possível identificar um padrão de risco de incidência à corrupção em certas funções públicas, o qual está atrelado à amplitude do poder discricionário exercido, desde que este seja relevante para iniciar, barrar ou concluir processo que tenha por finalidade impor obrigações, restringir ou conceder direitos, vantagens e benefícios à qualquer pessoa

física ou jurídica, sendo que o grau de interação dos agentes públicos e privados envolvidos, a existência de mecanismos de controle para verificação e validação de decisões e o nível de transparência com o qual são realizados os atos no processo são variáveis capazes de aumentar ou diminuir os riscos à corrupção.

De forma simplificada, ao analisarmos a estrutura hierárquica da Administração Pública, é possível considerar que as funções de risco à corrupção são exercidas em suas duas pontas: na ponta superior, pelos agentes políticos e pelos burocratas da alta Administração, os quais possuem poderes discricionário e decisório para delinear as políticas de atuação do Estado e para alterar os rumos de processos capazes de atingir a esfera de direitos de agentes privados e; na ponta inferior, pelos agentes públicos da linha de frente, que exercem poder discricionário para executar os atos necessários para implementação de políticas públicas, e que, no plano material, realizam a subsunção dos fatos do mundo real à norma jurídica, o que lhes dá a possibilidade de provocar ou não a instauração de processos que também poderão incidir na esfera de direitos de pessoas físicas e/ou jurídicas.

Assim, por meio da utilização de metodologias de análise de riscos, como a desenhada pela CGU/Transparência Brasil, é possível identificar com mais detalhes quais os cargos, nesses dois extremos da estrutura hierárquica da Administração, que exercem funções mais sensíveis à corrupção para, assim, poderem ser definidas medidas de prevenção e detecção de atos de corrupção.

Há, no entanto, um problema em relação a esses mecanismos de avaliação de risco. Eles se apoiam unicamente em voluntarismos, ou seja, as organizações, de livre e espontânea vontade decidem aplicá-los ao não, bem como não existe uma modelagem jurídica que garanta real utilidade para as informações colhidas. Nesse sentido, a própria metodologia desenvolvida pela CGU/Transparência Brasil, ao que parece, foi abandonada por não haver o devido interesse por parte das organizações.

Ao nosso ver, a política de avaliação de riscos à corrupção deveria ser uma política de Estado, e não algo voluntário. Sendo assim, o caminho para que as organizações do setor público efetivamente realizem essa avaliação é por meio da imposição legal dessa obrigação.

Uma modelagem jurídica interessante para dar efetividade aos resultados obtidos por meio dessas análises de risco seria a promoção de alteração de leis, como a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), e em procedimentos destinados ao controle

patrimonial mais rígido dos agentes públicos, de modo a incluir a aplicação das suas disposições aos ocupantes de cargos de risco à corrupção.

Dessa forma, seria perfeitamente possível, por meio de decreto regulamentar, qualificar os cargos identificados como de risco à corrupção e, assim, fazer incidir sobre os seus ocupantes normas mais específicas e rígidas de controle e prestação de contas. Essa qualificação por meio de decreto possibilitaria ainda uma atualização periódica dos cargos de risco à corrupção, conforme as novas análises de risco fossem realizadas pelas organizações, sendo ideal que a compilação dessas informações fosse realizada por um único órgão, como a CGU no plano federal.

Enfim, essas são apenas algumas ideias sobre um tema que ainda necessita de estudo por parte do direito, especialmente sobre essa nova ótica do direito administrativo anticorrupção, por meio da qual é estabelecida uma visão mais realista e pragmática da Administração, por meio da qual os agentes públicos são, antes de mais nada, seres humanos, portadores de vícios e virtudes que devem ser analisados e considerados no exercício da atividade de controle da Administração Pública, no desenho dos mecanismos de *accountability* e na definição de planos de carreiras e salários no setor público, de modo a estabelecer os corretos incentivos para a prática de atos positivos à gestão pública, e os devidos desincentivos à prática de atos ilícitos por parte de agentes públicos e privados.

Por fim, não há dúvidas que, ao ser realizada a devida identificação dos cargos e funções de maior risco à corrupção, o direcionamento correto dos mecanismos de prevenção e detecção de atos de corrupção produzirá resultados positivos à uma atuação mais eficiente por parte da Administração, uma vez que contribuirá para a criação de um ambiente de maior confiança em relação aos agentes públicos, possibilitando assim uma diminuição da carga de controles formais, principalmente em relação a processos licitatórios e contratos administrativos.

6. CONCLUSÕES

Após as conclusões parciais terem sido realizadas em cada seção, certamente o melhor norte para guiar as conclusões finais do presente estudo é tentar responder, com base no que foi produzido, à seguinte indagação: como é possível alcançar o equilíbrio ideal entre o controle da corrupção e a eficiência na gestão pública? Em nosso ver, a resposta tramita pelas seguintes considerações:

1 – O discurso anticorrupção sempre deve ser objeto de análise crítica.

A cultura legislativa reativa, oriunda do discurso anticorrupção, deve ser evitada. As propostas de alteração de leis e entendimentos que impliquem na adoção de maiores controles sobre o exercício da função administrativa devem ser precedidas da devida análise de custos e benefícios. Conforme restou exposto ao longo do presente estudo, o discurso anticorrupção é perene à infiltração de interesses escusos, os quais se utilizam do clamor popular para obter vantagens privadas, sendo a Lei nº 8.666/1993 um exemplo claro desse cenário.

2 – As normas de controle devem sofrer constantes avaliações a fim de justificar a sua manutenção no sistema jurídico.

Como a consequência do discurso de combate à corrupção é a produção excessiva de normas destinadas ao controle dos agentes públicos, elas devem ser avaliadas periodicamente para verificar se: a) as razões para sua criação ainda existem; b) a corrupção à qual pretendem prevenir e combater é de alta relevância; c) existem razões para se acreditar que reduziram a ocorrência da corrupção à qual foram desenhadas à combater; d) não ocasionaram novas vulnerabilidades e formas de corrupção; e) não são desproporcionais em termos de custos para a eficiência da Administração em relação aos benefícios em reduzir a corrupção e; f) não há alguma estratégia ou mecanismo menos custoso para atingir o mesmo objetivo.

3 – O direito sancionador deve adotar um modelo de análise da corrupção como forma de manter a sua operacionalidade fechada

O fenômeno da corrupção tende a aumentar os influxos decorrentes dos demais sistemas ao sistema jurídico, induzindo muitas vezes a atividade jurisdicional a atuar de

forma a esvaziar direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição a fim de buscar uma maior “efetividade” ao processo sancionador. Tal fato causa uma disfuncionalidade no próprio sistema jurídico, que passa a operar de forma aberta, principalmente por meio das normas compostas de conceitos jurídicos indeterminados, o que, por consequência, produz indevida interferência nos demais sistemas, especialmente no econômico e no político. Assim, a definição de uma teoria sobre a corrupção no âmbito do direito sancionador torna-se fundamental para manter fechada a operacionalidade do sistema jurídico, mas também para resguardar direitos e garantias fundamentais e manter a autonomia da política e da gestão administrativa, que não pode ser conduzida pelas opções dos controladores ou dos juízes, sendo que, ao nosso ver, a teoria da agência adequa-se ao regime jurídico do direito sancionador e concede maior segurança jurídica para enfrentamento do problema, seja no âmbito penal ou no âmbito administrativo.

4 – Técnicos e burocratas concursados não são imunes à corrupção;

A criação de uma tecnocracia para gerir a Administração Pública não impede a prática de atos de corrupção, mas contribui para minar a confiança nas instituições políticas e fragiliza a democracia, uma vez que técnicos e burocratas não eleitos não prestam contas ao povo.

5 – Regras formais e processuais não são capazes de coibir a corrupção

A processualidade, embora seja um elemento importante para conferir legitimidade aos atos discricionários dos agentes públicos e viabilizar o seu controle posterior, não é suficiente, por si só, para evitar a prática de atos de corrupção. Processos formalmente hígidos, submetidos à consulta pública e aos mais diversos tipos de escrutínio podem ser, mesmo assim, *locus* de relações corruptas.

6 – O principal objetivo das licitações públicas não é combater a corrupção

A licitação nada mais é do que a criação de um mercado artificial, o qual não é baseado em leis da economia, mas sim em regras que estabelecem restrições à participação de fornecedores de produtos, obras e serviços por meio da imposição de requisitos de qualificação técnica, jurídica, econômica e financeira que têm, por origem, diversas razões de ser que não apenas a sua relação com o objeto licitado. Dessa forma, a premissa inicial que deve ser estabelecida em relação ao tema é a de que as regras sobre licitações e contratos administrativos não devem ter como objetivo principal o combate à corrupção, mas sim o de

garantir a boa contratação para a Administração Pública, até mesmo porque, o simples fato de existirem regras de licitação já é um estímulo à corrupção, uma vez que elas representam restrições ao melhor mecanismo de combate à corrupção, que é a livre concorrência.

7 – O estímulo à concorrência e a imposição de maior segurança jurídica à execução dos contratos administrativos por meio da promoção da horizontalidade na relação entre Estado e contratado são os melhores caminhos para prevenir atos de corrupção no âmbito das licitações e contratações públicas

A ampla concorrência entre as empresas tem a capacidade de criar um ambiente de autofiscalização, de modo que nenhuma empresa, em uma economia de mercado (desde que não esteja cartelizado), aceitará a concessão de benefícios e privilégios indevidos aos seus concorrentes. Por sua vez, a promoção da horizontalidade da relação entre o Estado e os particulares, principalmente por meio do fim das denominadas “cláusulas exorbitantes”, tem o condão de estabelecer maior segurança jurídica na execução dos contratos, o que, invariavelmente, atrairá mais interessados em contratar com a Administração, ampliando a concorrência nos certames.

8 – É essencial o aprimoramento da confiança nos agentes públicos, em especial, nos políticos;

O aprimoramento da confiança nos agentes públicos é, ao nosso ver, o ponto chave para viabilizar o deslocamento da carga de controles sobre aspectos formais dos atos da Administração Pública para a verificação do cumprimento de metas e resultados. Ou seja, para a efetividade da implantação do modelo gerencial de Administração, são necessárias reformas a fim de aumentar a confiança nos gestores públicos, as quais podem ser realizadas no plano macro, como a reforma política, e no plano micro, por meio da identificação de processos de risco à corrupção e, conseqüentemente, dos cargos que executam funções no âmbito de tais processos.

9 – A discricionariedade é elemento essencial para viabilizar uma Administração Pública eficiente;

A discricionariedade é elemento fundamental para viabilizar uma atuação eficiente por parte da Administração. Entendimento contrário pressuporia que a lei, por si só, seria capaz de prever e regulamentar, de forma objetiva, todas as relações sociais, políticas e econômicas existentes no âmbito de uma sociedade complexa, o que de fato é impossível,

tendo em vista que o sistema jurídico não é autopoietico. Assim, não há como se afastar a necessidade do exercício do poder discricionário por parte dos agentes públicos como forma de garantir à Administração a flexibilidade necessária ao atendimento de todas as demandas que lhe são direcionadas.

10 – Todo agente público tem e exerce poder discricionário

Todo agente público tem margem para exercer atos discricionários no cumprimento de suas funções, em especial, os agentes públicos da linha de frente, os quais, inclusive, são obrigados a exercê-los na implementação de políticas públicas.

11 – As cargas de controle devem ser estrategicamente direcionadas às funções de risco à corrupção

O mapeamento das funções de risco à corrupção poderia auxiliar no direcionamento estratégico das cargas de controle específicas à prevenção e detecção de atos de corrupção, o que certamente traria bons resultados e, conseqüentemente, viabilizaria a transposição dos controles formais sobre a Administração para a análise de metas e resultados.

De forma a concluir o presente trabalho, essas são algumas premissas que podem colaborar no estabelecimento de um correto balanço entre o controle da corrupção e a necessária eficiência à gestão pública. Certamente a academia ainda tem muito a contribuir sobre essa temática, especialmente de forma a buscar métodos para a realização de testes empíricos capazes de comprovar a efetividade dos mecanismos de *accountability* dos agentes públicos no enfrentamento da corrupção, sem a utilização, para tanto, de índices de percepção como instrumento de constatação de resultados, uma vez que, conforme ressaltamos desde o início do presente trabalho, a subjetividade dessas percepções geralmente produz falsos resultados, os quais servem unicamente como combustível a um infundado discurso anticorrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Claudio Weber. *Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção*. In **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 73, p. 33-37, Nov. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000300003&lng=en&nrm=iso . Acesso em 29 de agosto de 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002005000300003>.

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Trajatória Recente da Gestão Pública Brasileira: Um Balanço Crítico e a Renovação da Agenda de Reformas*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 41, edição especial comemorativa, 2007, pp. 67-86.

ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. *Rents, competition, and corruption*. In **The american economic review**, vol. 89, setembro de 1999, pp. 982-993. Disponível em: <www.people.hbs.edu/rditella/papers/AERRentsCorruption.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press: 1996.

ARAÚJO JR., Ari Francisco de. *Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando micro dados e pseudopainel - 1981/1996*. In **Revista de Economia e Administração**, v. 1, n. 3, p. 1-34, 2002. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/25578/raizes-economicas-da-criminalidade-violenta-no-brasil--um-estudo-usando-micro-dados-e-pseudopainel---1981-1996/i/pt-br>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria (orgs.). *Corrupção – Ensaios e Críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

AZEVEDO, Sandson Barbosa; GERVASIO, Tamires Cunha. *A percepção da aplicabilidade da lei de conflito de interesses por servidores da Controladoria-Geral da União*. In **Periódico Científico Negócios em Projeção**, vol. 5, n. 1, jun. 2014, págs. 22-40.

BARACUI, Pedro Lehmann. *Estudo de conformidade do ambiente brasileiro com a Convenção Interamericana Contra Corrupção da OEA*. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/Estudo.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

BARROS FILHO, Clóvis; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção. Parceria degenerativa*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.

BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, março/abril de 1968, p. 169-217. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco; *Dicionário de política*. tradução Carmen Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Curitiba – PR. Ação de Improbidade nº 5025956-71.2016.4.04.7000. Evento 187. Disponibilizado em 24 de março de 2017. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 700003122957v81 e do código CRC 937437d8. Acesso em 09 de dezembro de 2017.

BRASIL. Senado Federal. Notas taquigráficas da 30ª Sessão Deliberativa Ordinária de 15 de março de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/3727>>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GQ-124. Publicado no Diário Oficial da União em 30 de maio de 1997, p. 11.182. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8303>>. Acesso em 08 de novembro de 2017.

BRASIL. Controladoria-Geral da União; Transparência Brasil. *Metodologia de Mapeamento de Riscos à Corrupção*. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/maparisco.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Glossário de termos do controle externo. Brasília: TCU, 2012, pp. 9 e 13. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/fiscalizacao-e-controle/normas-de-auditoria-do-tcu/normas-de-auditoria-do-tcu.htm>>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado*. In BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, P. (orgs.), **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2001, pp. 21-38.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMMAROSANO, Márcio. *A aplicação do conceito de patrimônio público e sua proteção*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). **Direito processual público – a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. *O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira*. In **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v.46, n°1, 2003, pp. 153-193. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>>. Acesso em 13 de novembro de 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo*. In **R.SJRJ**, n. 22. Rio de Janeiro, 2008, p. 93-110. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/escolha.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *O direito nas políticas públicas*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2823006/mod_resource/content/1/1.2.%20O%20direito%20nas%20políticas%20públicas%20-%20Diogo%20Coutinho.pdf>. Acesso em: 22 de dezembro de 2017.

DALLARI, Adílson Abreu. *Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública*. In **Improbidade administrativa. Questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 19-41.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DINO, Nicolao. *A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória*. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodium, 2015.

DOWDLE, Michael W.. *Anti-Anti-corruption. Part I*. Disponível em <<http://lawdevelopment.blogspot.com.br/2014/04/anti-anti-corruption-part-i.html>>. Acesso em 17 de setembro de 2017.

ELSTER, Jon. *The Cement of Society. A Study of Social Order*. Cambridge: Cambridge, 1989.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Globo.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A corrupção como fenômeno social e político*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em 18 de setembro de 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v185.1991.44482>.

- FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In **Opinião Pública**, v. 15, n. 2, 2009. p. 386-421.
- FILGUEIRAS, Fernando; MELO ARANHA, Ana Luiza. *Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil*. In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, nº. 2, 2011, pp. 349-387;
- FREUND, Julien. *A sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.
- FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil – Estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- GARRETT, Brandon L. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GORTA, Angela. *Corruption Risk Areas and Corruption Resistance*. In **Measuring Corruption (Law, Ethics and Governance)**, Burlington: Ashgate Publishing, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HANNA, Rema; WANG, Shing-Yi. *Dishonesty and selection into public service*. Disponível em < <http://www.nber.org/papers/w19649>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado por Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX.
- HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven, Yale University Press, 1968.
- ICAC, Independent Commission Against Corruption. *Profiling The New Public Sector: Functions, Risks and Corruption Resistance Strategies*. 2003. Disponível em: <http://www.icac.nsw.gov.au/documents/preventing-corruption/research-1/1665-profiling->

[the-nsw-public-sector-functions-risks-and-corruption-resistance-strategies/file](#). Acesso em 12 de janeiro de 2018.

JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?* In **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, pp. 209-230, out./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Apresentação*. In JUSTEN FILHO, Marçal (org.) **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 9-12.

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do juro, do emprego e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/090320170036_Keynes_Teoria_Geraldoempregoedajuroedamoeda.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

KJELLBERG, Francesco. *Conflict of interest, corruption or (simply) scandals?* In **Crime, Law and Social Change**, v. 22, n. 4, p. 339-360, 1994. APA.

KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of Califórnia Press, 1988.

KLITGAARD, Robert. *Internacional cooperation against corruption*. In **Finance & Development**, mar. 1998. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

LAFER, Celso. *O significado de república*. Estudos históricos, Rio de Janeiro, v. 2, nº. 4, p. 222, 1989.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *Institucional Economics of Corruption and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEFF, Nathaniel H. *Economic development through bureaucratic corruption*. In **American Behavioral Scientist**, v. 8, n. 3, nov.1964, pp. 8-14.

LEVY, Evelyn. *Controle social e controle de resultados: um balanço dos argumentos e da experiência recente*. In **O público não-estatal na reforma do Estado**. FGV. Rio de Janeiro, 1999.

LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*. New York: Russell-Sage Foundation, 2010.

LISCIANDRA, Maurizio. *A Review of the Causes and Effects of Corruption in the Economic Analysis*. In **Organized Crime, Corruption and Crime Prevention**. Springer International Publishing, 2014. pp. 187-195. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2372579. Acesso em 20 de junho de 2016.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – incluindo a Lei Anticorrupção*. 2ª. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MARCELINO, Gileno Fernandes. *Em Busca da Flexibilidade do Estado: O Desafio das Reformas Planejadas no Brasil*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 37, nº 3, pp. 641-659.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 21-38.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 245-270.

MASHAW, Jerry L. *Accountability and institucional design: some thoughts on the grammar of governance*. In DOWDLE, Michael W. **Public accountability: designs, dilemmas and experiencies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 115-156.

MAURO, Paolo. *Corruption and growth*. In **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 110, nº. 3, ago. 1995, pp. 681-712. Disponível em:

<http://homepage.ntu.edu.tw/~kslin/macro2009/Mauro%201995.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2016.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MESSICK, Rick. *ສ້າງລາດບັງຫວັງ: The Laotian Approach*. Disponível em: <<https://globalanticorruptionblog.com/2016/07/20/ສ້າງລາດບັງຫວັງ-the-laotian-approach/>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: an experimental view*. New York: Harper & Row, 1974.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 21ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v. 3.

MOISÉS, José Álvaro (org.), *Democracia e Confiança – Por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?*. São Paulo: EdUSP, 2010.

MORO, Sérgio Fernandes. *Considerações sobre a operação Mani Pulite*. In **R. CEJ**, Brasília, n. 26, jul./set. 2004, pp. 56-62. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/art20150102-03.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2016.

MUDDE, Cas. *The Populist Zeitgeist: government & opposition*. Malden: Blackwell Publishing, 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/cas_mudde/6/>. Acesso em 02 de janeiro de 2018.

NOHARA, Irene. *Solução fácil de culpar a burocracia pela corrupção: não é simples assim*. Disponível em: <<http://esdp.net.br/solucao-facil-de-culpar-a-burocracia-pela-corrupcao-nao-e-simples-assim/>>. Acesso em 19 de dezembro de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NYE, Joseph. *Corruption and Political Development: a cost-benefit analysis*. In **American Political Science Review**, Los Angeles, v.61, n.4, 1967, pp. 417-427.

OLIVEIRA, Antônio. *Burocratas da linha de frente: executores e fazedores das políticas públicas*. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 6, p. 1551-1573, dez. 2012, pp. 1554-1555. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000600007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 12 de janeiro de 2018. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122012000600007>>.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª ed. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-21112011-103454.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *O que o TCU tem a dizer sobre acordos administrativos?* Disponível em: <<https://jota.info/colunas/controle-publico/o-que-o-tcu-tem-a-dizer-sobre-acordos-administrativos-15112017>>. Acesso em 05 de dezembro de 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da discricionariedade administrativa*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 63-82.

PIGA, Gustavo. *A fighting chance against corruption in public procurement?* In **International Handbook on the Economics of Corruption**, v.2, 2011, pp. 141-181. Disponível em <http://www.gustavopiga.it/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/Ch5.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2016.

PINTO, Marcos Vinicius. *Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC*. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID Elie Pierre (coord.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

PITOMBO. Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The 'Perverse Effects' of Political Corruption*. In **Political Studies**, v. 45, 1997.

PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institutional approach*. New York: Routledge, 2016.

PRATS I CATALÁ, Joan. *Direito e gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*. In **Revista do Serviço Público**, v. 120, nº 2, mai/ago 1996, pp. 23-46.

RESENDE, Flavio da Cunha. *Por que as reformas administrativas falham?* In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 17, nº 50, pp. 123-184.

RODRIGUES, Maria Alice. *Os arranjos normativos e institucionais subjacentes à revisão da legislação sobre licitações e contratos administrativos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 1978.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. New York: Cambridge University Press, 1999.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia política da corrupção*. In ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). **A corrupção e a economia global**. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UNB, 2002, pp. 50-102.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016.

ROSILHO, André. *O regime diferenciado de contratações/RDC e seu controle*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 143-174.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Perspectivas das formas políticas*. In **Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SØREIDE, Tina. *Corruption in public procurement: causes, consequences and cures*. Report Chr. Michelsen Institutefacebook. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/37166541_Corruption_in_public_procurement_Causes_consequences_and_cures>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Em busca de uma administração pública de resultados*. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 39-61.

STEPHENSON, Matthew. *Mauro (1995) does not show that corruption slows growth*. Disponível em: < <https://globalanticorruptionblog.com/2014/05/15/mauro-1995-does-not-show-that-corruption-is-bad-for-growth/>> Acesso em 03 de setembro de 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 15-41.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 79-101.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competência de controle dos Tribunais de Contas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 177-231.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Como reformar as licitações?* In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 267-276.

SUNDFELD, Carlos Ari; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Dinâmica de preparação do edital*. In MARCATO, Fernando S.; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Direito da infraestrutura**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 25-54.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/13*. In **Revista dos Tribunais**, vol. 947, set. 2014, pp 281-294.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor. *A leniência anticorrupção: as primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ASSIS MOURA, Maria Thereza de. (org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. No prelo.

TOMAZETTE, Marlon. *A administração das empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 141-169.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais*. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 67-105.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Volume 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

WING-CHI, Hui. *Combating corruption: The Hong Kong experience*. In **Tsinghua China Law Review**, vol. 6, n. 239, 2013-2014, pp. 239-256.